

ITALY

Biblioteca delle Scienze Legali

IL POSSESSO

E

GL'ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO

TRATTATO IN DIRITTO ROMANO

DAL

Prof. ODOARDO RUGGIERI

PARTE PRIMA

IL POSSESSO IN DIRITTO ROMANO

VOLUME I.

FIRENZE
GIUSEPPE PELLAS, EDITORE
1880

IL POSSESSO

E

GL'ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO

IL POSSESSO

E

GL' ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO

TRATTATO IN DIRITTO ROMANO

DEL

Prof. ODOARDO RUGGIERI

PARTE PRIMA

IL POSSESSO IN DIRITTO ROMANO

VOLUME I.



FIRENZE
GIUSEPPE PELLAS, EDITORE
1880

PREFAZIONE

Chi si accinga a scrivere sul possesso in diritto romano dopo tanti dotti lavori pubblicati in proposito specialmente nel secolo nostro, deve sentire per fermo a qual grave incarico egli si sottoponga. E ben io lo sento, conscio inoltre come sono della pochezza delle mie forze; nè avrei posto mano all' impresa se la materia non fosse tuttora oggetto della più viva polemica, e le vaste dubbiezze in che trovasi avvolta non mi avessero eccitato a fare ancora una prova. Pertanto nella esposizione delle quistioni ho procurato di tener conto delle principali opinioni fin qui pronunciate cominciando dalla scuola bizantina fino ai più recenti scrittori, come sono Bruns, Meischeider, Randa. Discutere tali opinioni, ed in mezzo alla discussione cercar di afferrare il pensiero romano, ritrovarlo in tutto il corpo del lavoro sicchè risulti limpido e fedelmente riprodotto ne' singoli membri il concetto fondamentale; questo è lo scopo di questo mio lavoro, non sò se felice, certo meditato non poco. Esso è composto di due parti. La prima appartiene alla teoria propria del possesso, generalmente e specialmente considerata, unitovi il trattato della juris quasi possessio; e questa parte ha il titolo: Il possesso in diritto romano. La seconda parte è sugl' istituti di diritto prossimi al possesso. Dappoichè molti istituti in diritto romano sono al possesso collegati. Gran parte di questi richiede o sempre o sovente il possesso come condizione, ovvero contiene pur esso nel suo scopo; e questi sono

vicini alla teoria del possesso. Alcuni poi sono col possesso più intimamente congiunti, e possono dirsi prossimi al medesimo, perché o nel possesso hanno la loro causa efficiente o nel possesso si assorbisce la loro intiera efficacia. Il trattare dei primi sarebbe abbandonar del tutto i confini d'un lavoro speciale qual' è quello che mi sono proposto: il non trattar de' secondi sarebbe lasciarvi un vuoto. Così in primo luogo in una monografia sul possesso non deve omettersi il trattato sulla usucapione, la quale dal possesso, che entra nella sua stessa definizione, è principalmente derivata, mentre gli altri cooperatori vi entrano come qualità del possesso medesimo. Ed a ragione Randa Der Besitz nach österreich. Rechte pag. 94, n. 27 *rimarca come contradittorio in Savigny, lo aver esso contato la usucapione fra gli effetti del possesso, e non averle poi dato nella sua monografia trattato alcuno. D'altra parte però trovandosi nella usucapione altri cooperatori oltre il possesso per se, e producendo la medesima un effetto del tutto diverso dal possesso, vale a dire il dominio; non se ne ha da parlare dentro la teoria propria del possesso, onde questa non risulti scomposta da indagini di eterogenea natura. La conchiusione è che convien parlarne in una parte distinta. Parimenti alcuni interdetti sono effetti del possesso, e precisamente sono quelli, che oltre lo avere per iscopo diretto il solo possesso, da esso anche come da causa efficiente principalmente sono derivati. Di questi in verità si potrebbe tener parola entro la stessa teoria del possesso, e non in una parte distinta, perchè hanno anche il carattere di difese del medesimo, ora ogni rimedio giuridico stà ottimamente accanto a quel che viene da esso difeso. E così avrei fatto, se non fosse stata la seguente considerazione di ordine e di nitidezza di esposizione. Imperocchè oltre a questi interdetti, i quali pel riunirsi de' ricordati estremi sono effetti e difese del possesso, altri ve ne sono ai quali manca l' estremo dello essere dal possesso principalmente derivati, mentre non manca l' altro dello essere da essi regolato il solo possesso. Di questi, che sempre al possesso e non ad altro che al possesso mirano direttamente, non si può senza sconcia lacuna omettere la esposizione in una monografia qual' è la presente: ma neppure si può tenerne parola nella teoria propria del possesso, mentre importano lo esame di quelle varie considerazioni che principalmente li generarono: insomma vanno,*

ne le usucapioni, trattati in parte distinta. Ma, ciò posto, non è bello nè ordinato lo spargere in diverse parti il trattato degli interdetti che hanno per iscopo il possesso, trattandone alcuni nella parte prima fra gli effetti o fra le difese del possesso, ed altri nella parte seconda. Val meglio esporli tutti nella seconda, mentre in tutti si verifica che siano istituti prossimamente collegati col possesso. Avvertano solo i lettori, che quando nella seconda parte parleremo dei seguenti interdetti, Uti possidetis, De superficiebus, Utrubi, De vi *(semplice)*, De itinere utendo, De aqua quotidiana, De aqua aestiva, De rivis, De fonte utendo, De fonte reficiendo, De cloacis, *intendiamo di parlare d' interdetti che per essere effetti o difese del possesso o quasi possesso, avrebbero posto egregiamente anche nella parte prima. Le cose fin qui discorse dan la ragione del titolo che abbiamo dato alla parte seconda: L'usucapione e gli interdetti introdotti a regolare il solo possesso.*

Roma 1880.

PARTE PRIMA

Il possesso in dritto romano

Questa prima parte verrà trattata in nove capi. Il primo, sulla nozione del possesso, e sulla ragione degli effetti e della protezione che gli vengono dal diritto positivo. Il secondo, sulle varie speci del possesso, e sulla esistenza di più possessori simultanei sopra una stessa cosa. Il terzo, sopra il soggetto del possesso. Il quarto, sull'oggetto del medesimo. Il quinto, sull'acquisto. Il sesto, sulla ritenzione e sulla perdita di esso. Il settimo, sugli effetti in specie, prodotti dal possesso. L'ottavo, sulle difese in ispecie, accordate al possesso. Finalmente il nono capo sarà come un'appendice, ove si parlerà della *juris quasi possessio.*

CAPO PRIMO

Nozione del possesso; ragione della sua efficacia e della protezione che esso riceve

§ 1.

Come è dritto di chi legge un lavoro nuovo, che gli venga esposto in quale stato si trovi presentemente la scienza nella materia su cui è invitato a meditare; così è mio debito principiare questa prima parte collo esporre le più marcate fra le opinioni, pressochè innumerevoli, che fino a'giorni nostri sono state esposte sul concetto del possesso e sulla protezione che esso riceve dagli interdetti -- Benchè i tempi che immediatamente seguirono la compilazione giustinianea fossero tempi di piena decadenza, pure è pregio dell' opera lo esaminare

come ne' libri bizantini fosse accolta ed intesa la dottrina del possesso. Anzi credo, che ciò debba assolutamente farsi, dacchè alcune frasi che in que'libri si trovano hanno dato materia ad alcuni recenti scrittori per costruire i loro sistemi. Una definizione di Teofilo *paraphr. ad pr. I. de interd.* ci mostra, che ai Greci non fu sconosciuto il pensiero, che il semplice e primitivo concetto del possesso consistesse nello agir fisico dell'uomo sulla cosa. Imperocchè esso dice « Καὶ νομὴ μέν ἐστι σωματικοῦ πράγματος κατοχή. » Simile l'altra definizione di Michele Attaliata, che trovasi ne'Basilici a capo del titolo nostro (Περὶ της προςπορισθείσης ἢ ἀποπεμφθείσης διακατοχῆς). Imperocchè l'Attaliata vi dice, che il possesso naturalmente inteso non è che la detenzione « Ἡ νομὴ φυσικὴ ἐστι κατοχὴ » *Basil L. 2. 1; Heimb. V. p. 46.* E concorda il traduttore o interprete della *l. 10. C. h. t.* laddove afferma essere il possesso la natural detenzione della cosa « Νομὴ ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχὴ » *Basil L. 2. 61, Heimb. V. 54.* Questo intesero i Greci: come anche intesero che il dritto civile avea lavorato su questa semplice primitiva idea, che per questo lavoro si era modificato l'original concetto del possesso, e che la forma la quale n'era risultata prendeva il nome di possesso in senso stretto e tecnico. Così Stefano *Schol. ad l. 9. de R. V.; Basil. XV. 1. 9.; Heimb. II. supplem. Zach. p. 7* « ὅτι τινές κατὰ μόνου τοῦ κυρίως ἔχοντος νομὴν οὐ μὴν φυσικὴν κατάσχεσιν εἰρήκασι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν ἰν ρεμ. »

§ 2.

Ma se queste fondamentali idee, semplici com' erano, si conservarono tuttora; lo sviluppo scientifico che diè loro la scuola bizantina, fu tutt' altro che felice. Tanto che possa ben dirsi con Bruns *Das Recht des Besitzes in Mittelalter etc., p. 93.* che quanto grande era stato il fiorire della dottrina sul possesso nell' epoca classica romana, altrettanto grande ne fu nell' epoca bizantina il decadimento; e che come quell'epoca va contemplata con ammirazione, così questa con occhio di commiserazione, va riguardata. Nello intendere il senso della parola possesso in vista delle disposizioni fatte su esso dal dritto positivo, si manifesta

in più luoghi dei Basilici una decisa, ma giammai giustificata tendenza a considerare come tale solo il possesso idoneo alle usucapioni, e perciò il possesso coll'animo di dominare (cf. § 493). L'anonimo *Schol. ad l. 3. § 15. ad exhib.; Basil. L. 4. 3.; Heimb. II. suppl. Zach. p. 53* si esprime assai chiaramente in proposito, dando il nome di possessi civili (πολιτικαί) solo a quelli atti alla usucapione e provveduti dell'animo di dominare, accordando ai possessi, atti a generare interdetti solamente, l'altro nome di legittimi o giuridici (ἔννομοι) « τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσὶν ἔννομοι καὶ πολιτικαὶ, ὥστερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι. κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή'. αἱ δέ μόνον ἔννομα, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων. » L'istessa idea trovasi ripetuta da Stefano nella succitata interpretazione alla *l. 9. de R. V.* ove prima delle parole da noi riportate di sopra, si esprime così « οὗτοι ὄντες οὐ πολιτικῶς ἀλλὰ φυσικῶς ἢ πραετωρίως ἔχουσι τὴν νομὴν, οὐδὴ δύνανται αὐτοὶ οὐσουκαπιτεύειν. » Onde a quelle stesse parole da noi sopra riferite aggiunge l'espressione « νομὴ δέ ἐστι κυρίως ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. » Il medesimo pensiero si ritrova nella citata traduzione della *l. 10. C. h. t.* (traduzione del testo inesatta del tutto), quando il traduttore prosegue κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή. τότε οὖν λέγομέν τινα νέμεσθαι καὶ ἔχειν τὰ τῆς νομῆς ἀποτελέσματα, ὅτε μηδεὶς διάδικος αὐτῷ παρενοχλήσῃ, ἀλλὰ πάντων σιωπώντων βεβαιωθῇ ἡ νομή » riportandosi così a ciò che sulle usucapioni era stato stabilito in dritto giustinianeo, vale a dire che dopo contestata la lite non più corressero (§ 557). Nè diversamente, a quel ch'io credo, pensava lo scoliaste, che al *cap. 7. Basil. LX. 17.; Heimb. V. 574* scriveva « πολιτικῶς. Ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δωρεᾶς. φυσικῶς δέ, ὡς ὁ καλῇ πίστει νομεύς. γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα. »[1] Lo scoliaste si riferisce a quel principio che vale nelle usucapioni, che cioè vi sia necessaria la vera e reale *justa causa* del possesso, nè basti la opinione e la credulità sulla medesima (§ 527 e segg.) Quindi insistendo nella solita idèa sopra enunciata afferma

[1] È chiaro che la lettura di FABROTO « τήν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει [illegible] » non porta alcuna varietà nel pensiero.

possesso civile solo in chi sia munito realmente del titolo, e lo nega in chi possegga in buona fede nella credulità del medesimo.[2] Da questi passi, che abbiamo raccolti, è facile comprendere come e perchè Teofilo nella parafrasi alle Istituzioni *§ 2 quib. mod. toll. oblig.* il possesso propriamente detto definisca esser quello che si ha coll'animo di dominare « Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη". ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεθαι δε τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν »[3]

§ 3.

Queste furono le idee generali che del possesso ebbero i Greci. Non migliore il concetto che si formarono sulla difesa al possesso accordata. Le generali osservazioni, che sugli interdetti introdotti a difesa del possesso trovansi nelle Pandette sotto i titoli *De interdictis* e *Uti possidetis*, spariscono nei Basilici; come risulta dai frammenti che abbiamo dei due tititoli *14 e 17 lib. 58.;* Heimb. *V. p. 215 e 217* (Περὶ παραγγελιῶν, e Εἰς τὸ κατασχεῖν νομήν), combinati coll'indice di Tipucito nella edizione Heimbach *d. pag. 217. not. p.* Degli interdetti relativi alla *juris quasi possessio* il principale, che è quello *de itinere actuque privato,* non ha posto ne'Basilici, nè veggiamo lacuna dove possa essere stato trattato. A questa trascuratezza è dovuto, che il concetto generale degl'interdetti andasse perduto, e nelle opere di Basilio il Macedone, di Michele Attaliata, di Psello, e di Harmenopulo neppure è fatta menzione dell'*uti possidetis* e degl'interdetti relativi alle servitù. Quanto all'interdetto *unde vi*, esso trovasi ne'Basilici bizzarramente trattato. A differenza dell'ordinario costume i re-

[2] Pertanto non accetterei la congettura di ARNDTS § 136 n. 2., che invece di παλῇ πίστει » abbia a leggersi « κακῇ πίστει. »

[3] Questa irragionevole restrizione del possesso propriamente detto al possesso con animo di dominare, produsse ne'lavori greci posteriori ai basilici degli errori più gravi ancora. Poichè si finì con adoperare talvolta indistintamente l'espressioni di possesso e di proprietà, di νομὴ e di δεσπότεια, o di ἴδιον πραγμα.

lativi titoli delle Pandette e del Codice (*De vi et vi armata*, e *Unde vi*) non vi sono riuniti; ma il secondo trovasi in calce del titolo 3 lib. L. Περὶ καταχρήσεων καὶ νομῶν, cap. 48 al 61, Heimb. *V. p. 62, seg.*, mentre il primo è rimandato al trattato dei delitti nel lib. LX ed unito nel titolo 17 all'azione *de vi bonorum raptorum* (Περὶ βιαίως πραγμάτων ἁρπαγέντων, καὶ ὀχλαγίας καὶ περὶ βίας ἐνόπλου). Onde è che lo scoliaste alla *l. 1. pr. de vi*, Basil. *LX, 17. 7.*; Heimb. *V. 572* s'induce a credere esser due gl'interdetti, uno penale trattato in esso tit. 17 lib. LX, l'altro non penale e diretto alla restituzione trattato nel tit. 3 lib. L. « Ὁ πραίτωρ, ἐν τῷ οὔνδε βὶ ἰντερδίκτῳ λέγει οὕτως. Ὅθεν σὺ ... κατὰ βίαν ἀπήλασας etc. Ἕτερον ἰντέρδικτον οὔνδε βί, ἀλλ' οὐχὶ ...μον, οἷον κεῖται βιβ. ύ. τιτ. κεφ., ἀλλὰ αὐτὸ μόνον ἀπαιτεῖ ὃ ...λέσθη etc. » L'interdetto *unde vi* all'epoca bizantina così male inteso viene nelle opere di Basilio e di Harmenopulo riguardato sotto punti di vista i più erronei. Nella epanagoge del πρόχειρον di Basilio non troviamo altro che la disposizione della *l. 7. C. Unde vi*, e questa sotto il titolo Περὶ ποίνων t. 39, c. 49. Harmenopulo poi offre nel prontuario un solo titolo Περὶ ἀνάγκης καὶ βίας, ed una sola azione περὶ βίας ove mette insieme quel che ha la collezione giustinianea sull'azione *metus*, sull'*Unde vi*, sull'azione *de vi bonorum raptorum* e sulle leggi giulie *de vi*. La confusione era giunta a tale, che Michele Attaliata nella sua πραγματεία tit. 59. ci narra, che al suo tempo i giudici non trattavano i casi di violenta deiezione nè secondo l'interdetto *unde vi* nè secondo le leggi giulie, ma applicavano ad essi la legge sulla ragione a se resa per proprio conto « διὰ τὸν περὶ ἀναρχίας νόμον (*l. 7. C. Unde vi*) ... τὴν τοιαύτην ὑπόθεσιν. » Ecco dove era caduta all'epoca bizantina la dottrina sul possesso e sugl'interdetti così splendidamente trattata dai grandi giureconsulti dell'età classica.[1]

[1] Dalle cose fin qui esposte risulta, come io non possa sottoscrivere l'opinione espressa dal ch. prof. Alibrandi fin dal principio della sua *Teoria del possesso*, avere i romani giureconsulti intraveduto la bella e ragionevole teoria sul possesso, essersi ad essa avvicinati, ma non esser giunti mai ad adottarla compiutamente ed a spiegarla come si converrebbe;

§ 4.

Or passando all'Occidente vediamo come vi sia stata intesa la romana dottrina del possesso.[1] La prima generale idea, che si trova enunciata quanto al possesso, è nel *Brachylogus II, 8 § 2*, dove abbiamo una definizione del possesso « possessio est corporalis rei detentio. » Della qual definizione, benchè bene incompleta, conviene pure tener conto; perchè mostra, che come nella scuola bizantina (§ 1) così in questo precursore de'glossatori, e perciò nell'epoche men lontane dalla legislazione romana, l'operar fisico sulla cosa è stato sempre riguardato come sostanzial fattore nel concetto del possesso. Rogerio, il primo de'glossatori che scrivesse un compendio di dritto, ha una definizione del possesso nella

dalla mutazione, avvenuta all'epoca bizantina nel concetto del possesso, essere dimostrato un passo nella scienza nell'epoca posteriore alla classica; avere i Greci veduto ed esposto molto felicemente quel che gli antichi par che non vedessero o non sapessero esprimere. Mi duole di dovermi separare sul punto stesso di partenza dalle idee che guidarono il lavoro dell'esimio collega. Lavoro d'altronde pregevolissimo e per altre ragioni e precipuamente per quella del non essere in veruna parte copiato su opere precedenti, e dello esser dettato dal libero e indipendente pensiero del suo valente autore.

[1] Per non eccedere i confini del mio lavoro mi occuperò d'ora innanzi di esaminare le opinioni che sul possesso in dritto romano hanno avuto gli espositori del medesimo in metodi e in tempi diversi; non già del come sia stata la romana dottrina ora accolta or mutata nelle legislazioni posteriori. Non parlerò dell'*Edictum Theodorici*, della *lex romana Visigothorum*, e della *lex romana Burgundiorum*; legislazioni, che, quantunque composte or più or meno sul diritto romano, nulla contengono sulla teoria propriamente detta del possesso, ed appena qualche cosa e poco esatta sugl'interdetti, specialmente sull'*unde vi;* cf. per es. l'*Edictum Theodorici c. 76*, e la *l. rom. Burgund. tit. 8*. Nè tampoco mi occuperò del dritto canonico e delle legislazioni moderne; lavoro del resto già largamente svolto da Savigny *Il dritto del possesso pag. 491 segg. traduz. del Conticini*, da Bruns *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart pagina 126, segg. e 424, segg.*, da Meischeider *Besitz und Besitzschutz pagina 144 segg.. 183 segg., 212 segg., 221 segg., 259 segg., 293 segg., 360 segg., 395 segg.*, e da Randa *Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemein. Rech., des preuss. etc.*

sua *Summa ad Cod. tit. de possess.* « Possessio est positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit, seu naturaliter assidet, quod interpretatione juris latius porrigitur. » Torna anche una volta il concetto dell'azione fisica in questa definizione. Però anch'essa è ben lontana dallo esser perfetta. Giacchè mentre si occupa delle ampliazioni che il dritto positivo ha fatto al concetto primitivo, lo chè nella pretta definizione non è punto necessario, è in più sensi manchevole. Dappoichè mira alla cruda posizione attuale senza riguardo ad una attività e ad attività di sua natura durevole, che l'accompagni; e trascura l'elemento della volontà e dell'animo dell'uomo, che informi l'azion materiale. Il Placentino, benchè emulo di Rogerio, non si allontanò dalle sue vedute nel concepire il possesso. Vidde anch'esso nella sua *summa in Cod. de adq. vel amitt. poss.* come nel possesso fosse essenziale l'elemento fisico « Possessio appellata est a sedibus: ergo proprie et vere et secundum idioma sermonis dumtaxat naturalis possessio appellatur possessio. » Peraltro si occupò di descrivere quale esser debba l'animo del possessore secondo le leggi. A suo avviso questo ha da essere l'*animus domini*, possedendo *pro suo* « (nec enim possidet, qui pro suo non possidet). » Solo fa eccezione pel precarista se egli rogò ed ottenne la *possessio civilis*; ed inoltre concede gl'*interdicta utilia* a chi abbia un *jus in re* o un *dominium utile*, e perciò all'enfiteuta, all'usufruttuario, al feudatario. Ragioni di queste definizioni, ragioni della esclusione del colono, del comodatario, e simili, dal possesso e dagl'interdetti, si cercherebbero invano nella *Summa* di Placentino.

§ 5.

Primo ad allontanarsi nella sua definizione dal fondamental pensiero fino al suo tempo fedelmente conservato, fu Giovanni Bassiano discepolo di Bulgaro. Esso confondendo la sostanza del possesso con un effetto, che gli deriva non da sua intrinseca virtù ma da opera estrinseca della legge positiva, definì il possesso « Ius quoddam rem detinendi

sibi; » come vien riferito nella glossa *ad l. 1. pr. h. t.* e nella *Summa* di Azone. Il suo discepolo Azone seguì sulle prime il maestro definendo il possesso « Ius quoddam quo quis rem corporalem vere vel interpretative sibi habet. » Ma ritornando poscia alle antiche idee diè un'altra definizione che somiglia a quella di Rogerio, ma n'è distinta principalmente in questo che dell'animo fa parola. « Possessio est corporalis rei detentio, corporis et animi item juris adminiculo concurrente. » Queste due definizioni di Azone trovansi nella detta glossa *ad l. 1. pr. h. t.* Tanto poi il Bassiano quanto Azone nel definir l'animo del possessore lo riconoscono in coloro che hanno l'*animus sibi habendi,* e precisamente che *sibi possident ratione juris quod habent in re*; perciò anche nel creditore sul pegno, nel vassallo, nel fruttuario e simili.[1] Accursio seguì Azone accettando tanto la sua seconda definizione del possesso, quanto le idee sull'animo del possessore. E le vedute di Accursio rimasero le dominanti fra gl'italiani.[2] Ma perchè venga il possesso negato al colono, al comodatario ecc., perchè sia ammesso nel precarista[3] e nel sequestratario; restano insoluti problemi.[4]

§ 6.

Quanto alla difesa del possesso nella glossa di Accursio, che adottò il principio dell' ammissione della *exceptio dominii*

---

[1] Cf. Glossa *ad l. 1. § 3, l. 3. § 5, l. 12. pr. h. t., l. 13 pr., l. 33 § 1. de usurp. et usucap., l. 6. § 2, de prec.;* Azon. *Summa in Cod. h. t. n. 15 e seg.; unde vi num. 11. seg.; uti possid. n. 5.*

[2] È interessante il giudizio che dà l'autorevole Dino sulla definizione di Bassiano e sulla seconda di Azone « Ioannes definit possessionem prout in esse producta est, Azo prout in esse producitur. Nam possessio in ipso actu producendi non est jus sed factum, et requiritur corpus et animus. » Il passo è citato da Bartolo *ad l. 1. pr. h. t.*

[3] Azone ed Accursio riconoscono il possesso nel precarista; Az. *Summa Cod. h. t. n. 33,* Gloss. *ad l.1. § 9. Uti possid.*

[4] Oscura resta ancora la posizione dell'usufruttuario, se esso abbia la *rei possessio* o la *juris quasi possessio.* Bartolo *comment. in l. 12, h t.* scrive che l'usufruttuario ha dirimpetto al padrone una *juris quasi possessio,* dirimpetto agli altri la *rei possessio.* Opinione che è rimasta senza seguaci.

nel processo interdittale (*in fi. Gloss. ad l. 37. de judic.*), stà la origine dell'opinione, che poi tanto generale divenne, del basarsi la difesa del possesso sopra l'idea di una presunta proprietà. Opinione erronea quanto quel principio, su cui si fonda. Chiari i testi in contrario: nulla aver di comune il possesso e la proprietà *l. 12. § 1. h. t.*, non doversi possesso e proprietà confondere *l. 52. pr. eod.* Testi troppo generali e troppo decisi per poter dire che il possesso non vi sia distinto che dalla proprietà vera ed assoluta. Chiara inoltre la considerazione, che presunzione non si eleva senza motivo, senza che sia giustificata da ciò che ordinariamente accade; ma solo che si pensi ai tanto svariati casi di possessi, si scorgerà facilmente non esser punto vero, che più ordinariamente possegga chi è padrone della cosa posseduta. Chiara finalmente la riflessione, che interdetti si danno anche a chi ammetta di non essere il proprietario.

§ 7.

Questo è lo stato della nostra teoria nell'antica scuola italiana. La principale riflessione, che si offre a chi lo consideri, si è che, mentre è da lodar sommamente la conservazione quasi continua della fondamentale idea del possesso, però definizione precisa non è dato trovare. Perchè da un lato le date definizioni erano troppo complessive per la vaga generalità delle espressioni, e dall'altro in troppo angusti confini si restringeva l'animo del possessore. Egli è ben naturale, che quegli uomini, meravigliosi per ingegno e per studio, non raggiungessero il pieno sviluppo d'una teoria che, eccessivamente sottile e complicata, avea bisogno di lunghe prove e di ripetuti tentamenti per essere posta in chiaro. Non riescirono perchè il riescire ne' primi lavori era ad umane forze impossibile. — E ciò vien confermato dal riflettere quanto poco profittasse la nostra dottrina per gli studi di que' nobili scrittori che formarono la scuola francese, olandese, e tedesca ne' secoli che precedettero il nostro XIX. Diamo un rapido sguardo alle principali opinioni che furono

da quegli autori prodotte. In verità prevale sempre l'idea fondamentale del possesso riposta nell'elemento fisico congiunto alla volontà. Connano, Duareno, Cujacio, Donello, Anton Fabro, Vinnio, Voet ed altri, a quella si riferiscono.[1] Ma a dare una vera e piena definizione questi autori o non pensarono o certo non riescirono. Nella determinazione dell'*animus* sogliono prendere per guida la « φυχῇ δεσπόζοντος » de'Basilici e di Teofilo, come se i Greci l'avessero espressa in una definizione generale del possesso: tranne Cujacio, Vinnio, ed altri pochi, i quali l'*animus domini* restringono al possesso civile.[2] Intendono poi la greca espressione per la volontà di aver la cosa come una cosa propria, escludendo così dal possesso ogni detenzione *pro alieno*, ma non richiedendo la *opinio dominii.*[3] Come queste teorie si compongano col possesso riconosciuto dal dritto nostro nel precarista, nel sequestratario, nell'avente l'*agrum vectigalem*, nel creditore sul pegno, o lasciano del tutto oscuro o spiegano ricorrendo ad un trasferimento di possesso che però in nessun modo giustificano[4]. Quanto alla ragione della difesa data al possesso, prevale nella scuola francese la falsa opinione della proprietà presunta. Fra i tedeschi troviamo i primi cenni di una sentenza, che è stata riprodotta in epoca recente, ed in cui se c'è qualche cosa di vero non c'è però tanto da soddisfar pie-

---

[1] CONN. *comment.* III § 8 n. 3 III. 9. n. 1.; DUAR. *Com. de posses.* c. 1. Com. in l. 1. de poss.; CUJAC. Op. ed. nap. I. 843 B., II 472. A. B., VIII, 237. A. 238. E. 572. C. IX 1004. A. segg.; DON. Comm. V. 6. § 4, 5.; FAB. *Rational.* ad l. 3. § 15 *ad exhib.*; VINN. *Select. quaest.* II. 36; VOET *Ad pand.* 41. 2. n. 1. — Però non manca di quando in quando chi faccia rivivere l'idea di BASSIANO, e sostenga il possesso essere un dritto. Così GIFANIO *in* § *5. I. 15. 4. n. 4.*, che dice essere il possesso « jus habendae rei corporalis sibi non alteri »; ed anche BACHOVIO *ad Treutl. II. 21. C.*

[2] CUJAC *Parat. in Cod.* 7, 32. obs. IX 33; VINN. loc. cit.

[3] CUJACIO al contrario piglia quell'espressione per *opinio dominii*, loc. cit. Anche lo ZASIO volle la *cogitatio dominii*, la credenza nel possessore di essere il padrone, *comm. in l. 1. pr. § 1. h. t.*

[4] Anche lo STRUVIO *Exercit. 42 num. 3, 5, segg.* spiega il possesso del creditore con una *traslatio possessionis.*

namente, come vedremo a suo luogo, § 25. seg. È ciò che scrive Coccejo *Jus controv. I. 8. qu. 2*, dovere il fatto esser difeso *ad instar juris* finchè non è posto in chiaro il diritto.

§ 8.

Ma veniamo ormai al secolo nostro. Apparve nel 1803 il famoso lavoro di Savigny *Das Recht des Besitzes*, che nella sola Germania ebbe poscia sette edizioni.[1] Opera, della quale niuna più famosa fra le recenti, molta luce recò certamente nella nostra materia: le quistioni vi sono bene ordinate e stabilite, svolte con dottrina ed acume. A tal che seppure da altri, ed ancora da noi, non si convenga sovente nelle soluzioni date ai problemi, compresi quelli generali e più gravi, pur riconosciamo ben volentieri che per quell'opera la scienza ha grandemente profittato. Il sistema di Savigny quanto alla nozione del possesso è il seguente. Scorge egli nel possesso la detenzione, e dice esser questa lo stato in cui è possibile di agir fisicamente sulla cosa ed impedire insieme ogni azione estranea. Siccome poi la possibilità giuridica di agire secondo arbitrio sulla cosa e di escluderne gli altri, è proprietà; così conchiude, che nella detenzione è contenuto lo esercizio della proprietà, esser la medesima una posizione[2] di fatto corrispondente alla proprietà come posizione di dritto, *pag. 2, 3.* Vede inoltre che nel possesso è necessario l'animo, e questo è secondo lui l'*animus domini pag. 92 seg.*, perchè questo corrisponde alla detenzione com'esso l'avea definita. Come era stato fatto tanto spesso ne'secoli precedenti, il Savigny si usa della solita espressione greca φυχὴ δεσπόζοντος citando Teofilo. Avverte poi *pag. 94*, che l'*animus domini* dev'essere

---

[1] Nel citare quest'opera di SAVIGNY adoprerò ordinariamente la traduzione fatta dall'avv. Conticini, e ciò per maggior comodo degl'italiani. Avverto in tale occasione, che anche nel citare l'opera di IHERING sul fondamento della protezione del possesso, preferirò la traduzione del prof. [illegible]; com'anche per il trattato delle pandette di ARNDTS quella eccellente del prof. Serafini.

[2] Così ben traduce il Conticini lo *Zustand* di Savigny.

inteso così, che altri trattí la cosa da padrone, senza che sia necessario che egli abbia la convinzione di essere proprietario (la *opinio*, o *cogitatio dominii*). Trovava seria difficoltà in ciò, che nel precarista, nel sequestratario, nell'avente l'*agrum vectigalem*, nel creditore sul pegno, possesso sia riconosciuto benchè non si trovi animo di padrone. Escogita[1] un possesso derivato o derivativo (« abgeleitet ») *pag. 103 seg.* Dice, che in verità, quando altri detiene non per se ma per altri, non esso possiede ma colui pel quale è esercitata la proprietà. Che però questo vero possessore può in que' casi, che sono dal dritto positivo consentiti, trasferire lo *jus possessionis* alienandolo in colui che esercita la proprietà per esso. Che questo è possesso derivato, cioè fondato sul possesso originario di altra persona.

§ 9.

Avendo così il Savigny lasciato l'idea d'un dritto di proprietà come connesso sostanzialmente al concetto del possesso, e ravvisato questo come per se immeritevole di rispetto, cerca al di fuori del medesimo le ragioni di quella protezione che pur gli ha accordato il dritto positivo, *pag. 26. segg.* Il possessore, ei dice, ha il diritto di esigere da tutti che forza non vengagli usata. Se forza gli venga fatta col togliergli il possesso, non accade già offesa ad alcun diritto indipendente, ma avviene un dannoso cangiamento di stato della sua persona. La ingiustizia, la quale consiste nella forza usata contro la persona, dev'essere nelle sue conseguenze eliminata; lochè non può farsi se non colla restituzione di quello stato di fatto, contro cui la forza si era recata. Conferma questi pensieri col notare, che quanto all'interdetto *unde vi* i testi parlano di malefizio e di delitto *l. 1. § 14, l. 19. de vi*; che l'interdetto medesimo vien dato colla misura delle azioni nossali *l. 1. § 15. eod. tit.*; e principalmente, che esso si

[1] Veramente già qualche cosa di simile vedemmo da altri pensata (paragr. antec.)

di contro gli eredi solo per ciò che ad essi pervenne, com'è regola generale nelle obbligazioni *ex delicto*. Cita su quest'ultimo punto la *l. 3. pr. eod. tit.*; ed aggiunge che altrettanto è disposto per l'*uti possidetis* nella *l. 35. pr. de O. et A.* junct. *l. 1. pr. uti possid.*, e per il *de precario* nella *l. 8. § 8. de precar.*

§ 10.

Le ragioni, che ci allontanano da queste vedute di Savigny, non possono ricevere un pieno sviluppo se non nella esposizione stessa della opinione nostra; intanto però notiamo alcune cose. Che la detenzione consista nello esercizio della proprietà, e che perciò l'animo corrispondente sia l'animo *dominantis*, da niuna ragione, da niun testo, da niuna importante autorità è dimostrato. Anzi confessa Savigny stesso, che nel dritto romano giammai si trova fatta espressa menzione dell'animo *domini* o *dominantis*,[1] e dice che solo i Greci

[1] Della *l. 2. C. h. t.*, che alcuni seguaci di Savigny invocano calorosamente, vedremo § 36, che nulla prova in proposito. Nè alcun appoggio dà alla sentenza di Savigny la *l. 13 § 1 de publiciana in rem act.* ove Gajo negando la publiciana a chi non « eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse » non esclude, anzi espressamente ammette possesso senza tale credenza: la publiciana è negata perchè si dà solo a chi possiede *ex justa causa acquirendi dominii* (§ 348 segg.). Altri si richiama alla *l. 22 § 1 de noxal. action.* Ma Paolo discute solamente se il creditore cui era stato dato in pegno un servo, o colui, che aveva preso un servo a precario, sian tenuti coll'azione nossale, o piuttosto sia con essa tenuto il padrone: e dirimpetto al principio, che con quest'azione è tenuto colui in *cujus potestate* il servo si trovi, risponde che il padrone sarà tenuto se abbia facoltà di ripetere il servo, e non il creditore o il precarista « licet hi juste possideant, non tamen opinione domini possident. » Riconosce esplicitamente il loro possesso, ma nega che tal possesso sia tale da bastare per riconoscerli tenuti coll'azione nossale. Tanto poi della *l. 13 § 1 de publ.* quanto della *l. 22 § 1 de nox. act.* conviene avvertire, che chi vuol servirsene nel senso che or confutiamo non solo conviene che difenda esservi nel possesso l'*animus domini* come Savigny lo descrive, ma anche l'*opinio dominii* che Savigny non richiede. Altri finalmente invoca la *l. 1 § 7 uti possid.* quasi che ivi il possessore venga qualificato così « quasi dominus moratur; » mentre veramente con queste parole ivi è designato

si sono valsi di tali parole, *pag. 93 not. 3*. Ma, come esponemmo *§* 2, neppure i Greci usarono quell'espressioni rapporto al concetto generale del possesso, ma solo quanto al possesso civile secondo che essi lo intesero. Che poi in tanta copia di testi, che parlano di possesso e di animo di possedere, si supponga l'*animus domini* benchè non si esprima, cosa mi sembra inverosimile affatto. Nè meglio giova al Savigny quel suo ragionare, che la detenzione consista nella possibilità fisica di agire sulla cosa e di allontanarne gli altri, ma che, aggiunta la qualità giuridica, risulti la nozione della proprietà. La seconda asserzione è falsa: dappoichè non è il solo padrone, ma altri possono esser moltissimi, che agiscono o possono agire fisicamente, allontanando gli altri, per diritti dal dominio diversi. Anzi lo esercizio della proprietà ha manifestazioni sue, estranee dalla nozione del possesso, come le vendite, le consumazioni, e simili. [2] Pertanto ha torto il Savigny quando nel possesso scorge l'esterna posizione della proprietà; com'anche il Maynz, seguace di Savigny, quando nel suo *Cours de droit romain*, *observ.* *§ 166* scrive, che nella loro esteriore ed apparente manifestazione la proprietà ed il possesso possono confondersi mentre il possesso non è che lo esercizio dei poteri contenuti nel dritto della proprietà. Ben conosce Savigny, che anticamente il nome *possessio* era adoperato a significare quel dritto che si aveva sull'*ager publicus* (§ 80), anzi esso *pag. 173 seg.* deriva da ciò la storica origine degl'interdetti difensori del possesso: eppur ivi non si aveva alcuna proprietà, nè avea luogo l'*animus domini.*

§ 11.

Nè possiamo acconsentire a quell'idea del possesso derivato, benchè dopo il Savigny sia dagli scrittori nella nostra

---

solamente un ipotetico modo di possedere per parte d'un *superficiarius*, all'unico effetto di vedere se egli potesse o no esercitare l'*uti possidetis* anzichè il *de superficiebus*, § 144.

[2] Cf. WINDSCHEID *Pand. § 149. n. 5; MEISCHEIDER Besitz pag. 16 n. 1.*

materia comunemente adottata. Anomalia la chiama Savigny stesso. Ma ci ripugna del tutto accettare anomalie, specialmente così gravi e di così grande importanza, quando sono destituite d'ogni cenno o indizio ne' nostri frammenti. In nessun passo del dritto nostro sono trattati come anomalie quei casi che Savigny assegna al suo possesso derivativo, lochè pure in alcun luogo apparirebbe se fosse vero. Adunque sono in verità da ridurre ad un regolare concetto.

§ 12.

Anche meno felice ci sembra la ragione, che agl'interdetti, ossia alla difesa del possesso, ha assegnata il Savigny. In primo luogo è da osservare, che se l'offesa della persona fosse il motivo della data difesa, anche il conduttore, l'inquilino, il colono dovrebbero goderne, mentre pur non ne godono. E vanamente risponde Savigny *p. 37*, esser sufficienti gl'interdetti accordati al proprietario. Poichè non si comprende perchè il conduttore per una ingiustizia usata contro la propria persona avrebbe da aspettar protezione da un terzo. Così l'interdetto *quod vi aut clam* (esempio opportunamente recato da Ihering *Fondam. della protez. del poss. pag. 9*), quando è offeso l'interesse di ambedue, del padrone cioè e del colono, ad ambedue è dato *l. 12 quod vi*. Onde con maggior facilità ad ambedue dar si dovrebbe l'*unde vi*, se la sua ragione consistesse nella offesa personale, la quale sì nell'uno che nell'altro si verificasse. Oltrechè (e questa è giusta osservazione di Randa *Der Besitz etc. pag. 240 n. 3*) non sempre gl'interdetti dati al proprietario potrebbero bastare; p. e. nel caso che esso per assenza non gli esercitasse. Parimente col sistema di Savigny non si spiega perchè ai figli di famiglia non si dia l'interdetto *unde vi*, come si dà ai medesimi l'azione d'ingiurie e l'interdetto *quod vi aut clam l. 9. de O. et A.* Ma per rispondere più direttamente conviene osservare, che nell'attacco contro il possesso per se riguardato non può ravvisarsi ingiusta offesa o delitto senza prima dimostrare la ingiustizia dell'attacco medesimo; ora ciò non può conchiudersi dalla ispezione sem-

plice del possesso che non contiene un'idea di diritto. Certo che delitto dovrebbe ravvisarsi se nell'attacco contro il possesso fosse sempre direttamente implicata offesa alla persona, al corpo; dappoichè in tal caso il delitto si formerebbe sopra un altro capo, vale a dire sull'offeso diritto alla conservazione. Ma ciò per lo più non accade, come nella ipotesi del più importante fra gl'interdetti, l'*uti possidetis*. Questo non si dà in ragione di delitto. Non nel suo uso più antico quando cioè si adoperava per sciogliere pacifiche controversie sopra un possesso a chi appartenga fra due contendenti (§ 665 segg.). Non nell'uso posteriore quando si adoperava in vista di unilaterali attacchi al possesso (§ 673), mentre non è necessario che tali attacchi consistano in una offesa personale, (ibid.). Oltrechè non è necessario che l'attacco abbia preceduto l'esercizio dell'*uti possidetis* (§ 679); e se lo precedette, non se ne ha ragione onde, reso l'interdetto, si promuovano utilmente le azioni (§ 678). Ma andiamo più oltre ancora.

§ 13.

Vi sono alcuni interdetti che presuppongono un delitto fatto per mezzo di una vera offesa alla persona. Tale è l'*unde vi* il quale regolarmente non ha luogo senza la *vis atrox l. 1 § 3 de vi:* onde di maleficio e di delitto si parla ne' due testi ricordati da Savigny *l. 1 § 4, l. 19 de vi* Ma non però tali interdetti dirsi possono *actiones ex maleficio* Che nella loro natura manchi tal carattere, lo dimostra chiaramente Modestino *l. 52. pr. § 6 de O. et A*, dove fra le obbligazioni *ex jure honorario* enumera quelle degli interdetti ed alle obbligazioni *ex jure honorario* oppone quelle *ex peccato*. Ed infatti esaminiamo. Gl'interdetti che suppongono un delitto si possono dire e si dicono dati *ob delictum*, *l. 5 de interdict.* a significare precisamente questa necessaria supposizione Ma non perciò è vero che sian fondati su obbligazioni *ex delict* e debbano veramente alle *actiones ex delicto* essere riportat

[1] Di questo testo parleremo colla necessaria larghezza § 63.

Imperocchè onde un rimedio di dritto, che si proponga in seguito di un delitto, possa dirsi basato precisamente sopra un'obbligazione *ex maleficio* ed essere noverato fra le azioni *ex delicto*, è necessario: 1° Che preceda assolutamente un'obbligazione nata in seguito d'un malefizio, e che il rimedio in discorso importi in realtà direttamente lo adempimento di tale obbligazione; secondo la natura generale di ciascuna classe di rimedi personali, d'esser cioè mezzo coattivo diretto all'adempimento della corrispondente obbligazione. — 2° Che il delitto sia la principal causa dello essere stato introdotto, ossia che sia stato introdotto colla vista principale di frenare i delitti. Imperocchè non basta che la nascita dell'obbligazione sia preceduta dall'avvenimento delittuoso, se il delitto figuri solo come condizione pur necessaria, ossia come semplice coefficiente; ma è d'uopo che obbligazione ed azione *consistant ipso maleficio l. 4 de O. et A.*: onde si dicono *actiones ex delicto*, ed anche *ex facto l. 25 § 1 de O. et A.*, cf. *d. l. 52. § 8 eod. tit.* È perciò, che non solo non è *actio ex delicto* la *rei vindicatio* anche quando in pratica si sviluppi in seguito d'un dolo (mentre ciò è meramente accidentale), ma neppure, come fra poco vedremo, l'*actio tributoria*, benchè senza dolo non competa. Appunto perchè il dolo vi è solo condizione ma non causa principale. Come neppure l'*actio depositi*, benchè il dolo vi sia necessario *l. 5. § 2 commod. l. 1 § 8 depos. l. 23 de R. I.*, perchè ha per iscopo non il frenar delitti ma il procacciare adempimento a un contratto. — 3° Finalmente, che non sia azione, la quale nel concetto teoretico, ossia secondo i principî generali di ragione giuridica, si concepisca più largamente, cioè anche fuori del delitto, e che solo per opera restrittiva di speciali leggi positive sia applicata ai soli delitti e ravvisata come effetto di essi. Onde nel mio libro *De obligationibus praelect. ad pandect. pag. 248 segg.* spiegai, perchè la *condictio certi* che si dà irregolarmente ai padroni per ripigliar le cose proprie, solo però se la esercitino contro i ladri (*condictio furtiva*), non sia trattata nelle pandette come *actio ex delicto*;[1] benchè evidentemente esista il primo de'suenun-

[1] Cf. specialmente *l. 10 § 2 de compensation.*

ciati requisiti, e per esser stata ammessa *odio furum*[3] anche il secondo. Ma il terzo requisito fallisce; perchè un'azione personale, con cui costringere i detentori di cose altrui, o per delitto o senza, a restituirle ai padroni, si concepisce ottimamente nella sfera de' principî generali di ragion legale; e se non fu adottata la *condictio certi* per tale effetto, tranne il caso del furto,[4] ciò dipese da restrittive ragioni della legislazione, come dimostrai nel citato libro *d. pag. e pag. 19 segg.*

§ 14.

Or concedo, che il terzo di questi estremi si ritroverebbe eminentemente negl' interdetti che regolano il possesso. Dappoichè essi interdetti non han posto nei teoremi generali del diritto civile, ed han solo quel concetto che gli speciali editti hanno adottato. Infatti è da rimarcare in primo luogo quanto a questi interdetti, che tutelano il possesso, che il possesso non è difendibile secondo i principî generali di ragione legale, e lo è solo se e come il pretore ha specialmente voluto. Inoltre è da osservare quanto a tutti gli interdetti, come essi differiscano dalle *actiones*, che sono il rimedio coattivo somministratoci dalla generale teoria del dritto civile onde aver ciò che ci si deve, *l. 51 de O. et A.*, *pr. I. de action.* Essi sono mezzi del tutto speciali, e che tanto contengono e contener possono, quanto c'è nell' editto al quale debbono pienamente la vita; e nulla più. Onde se in questo editto essi son dati col postulato d'un delitto, non può dirsi in verun modo che nel campo del dritto possano intendersi senza delitto. Ma per logica necessità manca il secondo degli esposti requisiti negl' interdetti dei quali parliamo, cioè in quelli che possono dirsi in qualche modo effetti e difese del possesso: appunto perchè per esser tali debbono non avere il delitto per causa principalmente considerata, ma bensì il possesso (§ 57 e 337). Si troverebbe bensì tal requisito laddove

[3] *§ 14 I. de interd.*; GAJ. *IV. 4.*

[4] Ed altri casi assimilati a questo; vedi § 375.

interdetto è dato per la ragione principale del delitto, cioè nell'interdetto *de vi armata;* onde vedremo § 57 e 112, che questo interdetto non è effetto del possesso in alcun modo, giacchè non nel possesso ma altrove ha la sua principale ragione. Ma manca nel *de vi* semplice, che è ragionevolmente dagli scrittori tutti enumerato fra gli effetti del possesso, appunto perchè in questo e non in altro consiste la cagione principalmente considerata dal pretore allorchè lo introdusse. È contradizione il dire insieme gl' interdetti essere effetti del possesso, ed essere *ex delicto:* giacchè se e quando è vero il primo, è vero perchè nel possesso stà la ragione principalmente considerata; darne un' altra nel delitto, sarebbe contraditorio.

§ 15.

Manca inoltre in tutti gl' interdetti il primo degli enunciati requisiti. Vedremo § 59 e segg. che ogni interdetto e la condanna che segue la sua dazione non sono giammai il diretto mezzo coattivo dell' adempimento di obbligazione all'interdetto anteriore. L' interdetto è per se il comando speciale del pretore, che fa nascere la obbligazione sulla quale si sviluppa il processo posteriore. Poichè se a quel comando segua la disobbedienza, allora solamente si promuove l' *actio ex interdicto* avanti al giudice od ai recuperatori, proposta loro la questione appunto « an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit » Gai. IV, *141.* La condanna che finalmente viene, o piena o limitata all' *id quod pervenit*, si basa sulla inosservanza di questa obbligazione nata in seguito dell' interdetto e non precedente ad esso. Pertanto nella dazione degl'interdetti, ove è pur presupposto un delitto precedente (*ob delictum*), il delitto entra come elemento di fatto, su cui il pretore dia il suo comando onde finalmente nasce la obbligazione necessaria al posteriore sviluppo; e non già come produttore di obbligazione direttamente portata allo adempimento per mezzo dell' interdetto o dell'*actio ex interdicto.*

§ 16.

Nè prova contro la nostra tesi ciò che vedemmo opposto da Savigny, che cioè nell'*unde vi* si trovi usata la parola maleficio o delitto, che talvolta interdetti si propongano nossalmente, e che (punto su cui Savigny massimamente insiste) contro gli eredi si trovino dati solo in *id quod pervenit.* Mentre vi sono al certo de' recenti scrittori, che han negato quel che Savigny sostiene sulla natura degl'interdetti; niuno, ch'io mi sappia, ha confutato questi argomenti, fondati come sopra vedemmo da Savigny sulle *l. 1 § 15, l. 3 pr. de vi*[1] *l. 35 pr. de O. et A. junct. l. 1. pr. uti possid. l. 8 § 8 de precar.* Facciamo la prova. I punti, marcati da Savigny, si spiegano negl'interdetti, che han bisogno assolutamente d'un precedente delitto, precisamente da questo; senza necessità di assimilarli perciò alle *actiones ex delicto.* Imperocchè non è, a mio avviso, necessario per quelli effetti, che un rimedio abbia tutti gli estremi sopra noverati onde possa dirsi *ex delicto* nel senso proprio e tecnico dell'espressione; ma basta che il delitto vi sia assolutamente necessario siccome condizione e coefficiente: non importa che il rimedio sia o no diretto esecutore di obbligazione *ex delicto*, nè che il delitto vi sia o non vi sia la causa principale.[2] Questa osservazione si applica con evidente chiarezza a spiegare come a proposito dell'*unde vi* si parli ne'frammenti di maleficio e di delitto. Men facile è lo applicarla per ispiegare come alcuni interdetti si diano contro gli eredi non pel solido ma per ciò che loro pervenne.[3]

---

[1] Add. *l. 1 § 48, l. 9. pr. de vi.*

[2] Queste mie vedute già toccai nel suddetto libro *De obligat. praelect. p. 392*, come me lo permise la sua indole meramente didascalica.

[3] Quel che diremo sulla disposizione, che taluni interdetti si diano contro gli eredi solo in questa misura, vale anche a spiegare l'altra, che gl'interdetti talvolta siano nossali. Lo essere un'azione nossale vien trattato insieme al darsi la medesima contro gli eredi nella suddetta misura, *l. 9. § 1 quod fals. tutor., l. 49 de O et A.* Anche per dire un'azione nossale basta che si dia *ob delictum,* che senza delitto non possa promuoversi *l. 5 de interdict.*, anzi ciò deriva dalla primitiva ragione delle azioni

§ 17.

Qual'è la ragione della regola, che le azioni nate in seguito d'un delitto, benchè *rei persequutoriae*, non si diano contro gli eredi assolutamente, solidalmente? Non è già pretta ragione di diritto. Questa vale bensì ad escludere contro gli eredi le *actiones ex delicto poenae persequutoriae;* le quali riguardano il delinquente solo come naturale individuo, sensibile e capace di dolore fisico o morale. Ma non spiega quella limitazione delle suddette azioni *rei persequutoriae*, che come tali mirano esclusivamente a rapporti patrimoniali, ne' quali si spiega la rappresentanza ereditaria; han rapporto a debiti che *minuunt bona* come tutti i debiti. Senza che faccia ombra lo esser sovente tali azioni *actiones ex delicto*, e che perciò debbano avere per causa principale i delitti, ossia essere state introdotte per frenarli. Poichè non significhiamo con ciò, che le *actiones ex delicto* sian veramente penali anche quando sono e si chiamano *rei persequutoriae*. Mentre a frenar delitti non solo vale il mezzo speciale di stabilir pene propriamente dette, ma anche la più vasta misura di dar nuove azioni contro chi li commetta: ed appunto per questo tali azioni hanno quel nome di *rei persequutoriae* e sono distinte dalle *poenae persequutoriae*. — La mentovata regola fu introdotta per mera somiglianza di quelle azioni colle penali. Attesa l'intima relazione che esiste fra l'idea della pena, e quella del delitto riguardato nelle obbligazioni che gli succedono, anche nelle azioni veramente *rei persequutoriae*, in cui fosse assolutamente necessaria la preesistenza di un delitto, i romani arrivarono a riguardare una specie impropria di pena. E da ciò furono recati a conchiudere, che tali azioni di loro virtù non riguardassero gli eredi; e che questi fossero solamente tenuti per la circostanza della locupletazione in forza dell'altra riflessione, che turpe fosse il loro lucrare pel delitto del defunto, *l. 1 § 6.*

---

nossali *§ 2. I. de noxal act.* nella sua semplicità, e senza bisogno di aggiungere le altre considerazioni, che vedremo necessarie per dimostrare quella disposizione sugli eredi.

de eo per quem fact. Che i romani realmente riguardassero le azioni *rei persequutoriae* in seguito di delitto come impropriamente penali, e che da ciò stabilissero la regola sullo esserne gli eredi tenuti per l'avvenimento e dentro i limiti della locupletazione, chiaramente apparisce dalle espressioni dei loro testi *l. 1 § 4 de eo per quem fact. cf. d. § 6 eod., l. 9 § 1 quod fals. tut. cf. l. 7 § 2 eod., l. 9 § 8 l. 10 de reb. auctor. judic. possid.*

§ 18.

La esposta ragione della regola che esaminiamo designa la portata della medesima. Gli eredi sono tenuti solo nell' *id quod pervenit* ogni volta che per la nascita della obbligazione è necessario assolutamente il delitto; anche senza che si tratti di vere *actiones ex delicto*. Pertanto basta: 1° che l'azione dipenda da un delitto almeno come da condizione necessaria; 2° che tal necessità dell'esistenza del delitto sia piena ed assoluta, ossia che senza delitto l'azione non s'intenda neppur secondo i generali principî di ragione legale e prescindendo dall'uso prescrittole da una speciale disposizione. Per mancanza del primo requisito non si applica la regola all' *actio tutelae l. 49. de O. et A. cf. l. 1 pr. de tutelae etc.* Per mancanza del secondo non si applica alla *condictio furtiva l. 9. de c. f.* [1] Nè alla azione *depositi*, *d. l. 49. de O. e A.* perchè quantunque, come vedemmo, si eserciti solo in caso di dolo, ciò è in forza di speciali disposizioni composte per metter quell'azione in armonia colle prestazioni di dolo e di colpa in altri contratti *l. 5 § 2 commod.*, mentre ne' teoremi di ragion legale si concepisce ottimamente data per colpa e negligenza ordinaria. [2] Ben però si applica la regola nella azione *tributoria*. Questa

---

[1] Ved. il mio libro *De obligat. p. 249*, e sop. § 13.

[2] Dalle cose dette s'intende quanto bene Paolo parlando delle azioni, che secondo generali teorie di diritto nascono dai contratti, dica nella cit. *l. 49. de O. et A.* « Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur. » Perchè o *versatur* solo accidentalmente *(actio tutelae)*, o almeno secondo le medesime generali teorie si concepiscono anche senza delitto *(actio depositi)*.

non può dirsi *ex maleficio;* giacchè la ragion principale dello introdurla è nella giusta distribuzione della merce peculiare fra coloro, i quali han crediti per contratti fatti col figlio di famiglia o col servo sulla cosa peculiare, coll'assenso del padre o del padrone, chiamato anch'esso *in tributum* pe'suoi crediti naturali senza dritto a prelevazioni. Però non si sviluppa se non dopo esperimenti che il padre stesso o il padrone giustamente distribuiscano, ossia si esercita solo dopo che il padre o padrone abbia fatta la divisione e fattala dolosamente. Il delitto v'entra come condizione necessaria, e non come causa prima, *l. 8 de trib. act.* « Non de dolo est.... quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. » Da ciò apparisce come esista il primo de' due estremi nella azione *tributoria.* Esiste poi anche il secondo per ragione pari a quella per la quale lo vedemmo esistere negli interdetti § 14; vale a dire che anche la tributoria, non nascendo direttamente da contratto che abbia posto nella teoria del dritto civile, non ha concetto oltre quello introdotto e come introdotto dalla propria speciale disposizione dell' editto. Giacchè solo a questa è dovuto, che il padre o il padrone, il quale abbia consentito ai contratti del figlio o del servo, sia tenuto a dividere la merce peculiare fra i creditori contando se stesso come gli altri e non più. Pertanto la tributoria si dà contro gli eredi solo *in id quod pervenit, l. 7 § 5 de tribut. act.* E così intendemmo nel citato libro *De oblig. p. 395. no. 6,* il *§ 1. I. de perp. et temp. act.* « Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit: veluti cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. »

§ 19.

Se dunque negl' interdetti, ne' quali si presuppone il delitto, si verifica appunto per tale supposizione il primo de'due requisiti esposti nel § precedente, e per le cose dette al § 14 anche il secondo; quindi si applica ai medesimi la regola in discussione, senza che sian punto *ex delicto.* Così per l'interdetto *unde vi l. 5. de interd. l. 35. pr. de O. et A.*, e pel *de pre-*

cario l. 8 § 8 de precario, mentre pur esso suppone il dolo per essere esercitato *d. l. 8 § 3., l. 23 de R. I.*[1] Per rispondere pienamente ai testi allegati da Savigny conviene aggiungere, che anche negli interdetti, i quali non presuppongono un delitto, può verificarsi talvolta, che pure nella condanna s'incontri la stessa limitazione, e gli eredi sian tenuti solo per la locupletazione. Accennammo § 15, che l'*actio ex interdicto* non si può promuovere subito dopo il dato interdetto, ma che conviene che preceda un atto di disobbedienza al comando del pretore. Talvolta quest'atto di disobbedienza si presenta come delittuoso: e ciò accade negli interdetti proibitorii, dove l'azione non si promuove se il reo non abbia fatto positivamente ciò che il pretore gli ha proibito, § 678. Pertanto quantunque gl'interdetti stessi non abbiano ad esser preceduti da alcun atto delittuoso, pure le azioni *ex interdicto* sono dagli eredi del disobbediente sostenute solo nella locupletazione, appunto perchè tali azioni non si danno senza sopraggiunto delitto. Così si spiega come la regola sugli eredi tenuti nella sola locupletazione ha luogo nell'azione dell'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit, l. 1 § 8 ne vis fiat* (interdetto proibitorio § 748) « cum sit penalis » presa la pena in senso improprio, mentre è veramente *rei persequutoria § 5 eod.* Così pure si spiega perchè la medesima limitazione si trovi a proposito dell'*uti possidetis.* La detta limitazione è giustamente dedotta da Savigny dalla *l. 35 pr. de O. et A. cf. l. 1. pr. uti possid.*, perchè mentre la *l. 35 pr.* dice « Honorariae autem quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur », la *l. 1 pr.* afferma dell'*uti possidetis* « intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. » È nell'azione *ex interdicto* che la limitazione si ritrova, perchè riguardo a questo interdetto, parimenti proibitorio, fra il reso interdetto e la promossa azione deve esistere una disobbedienza positiva al comando del pretore. Ed è per questo

---

[1] Per simili ragioni vale la regola anche pel *quod vi aut clam d. l. 5 de interd, l. 15 § 3, quod vi*, e pel così detto *demolitorium ex op. novi nunciatione l. 20 § 8 de o. n. n.*

che Paolo nella *d. l. 35 pr. de O. e A.* nel dar gli esempi della nostra regola per gl' interdetti in se considerati, dà quello solo dell' *unde vi* non menzionando l' importantissimo *uti possidetis.*[2] Adunque e perchè non tutti gl' interdetti han bisogno di delitto, e perchè anche quelli che ne han bisogno non sempre hanno in esso la lor causa principale, e finalmente perchè gl' interdetti tutti non si basano su obbligazioni ma le generano; non può dirsi affatto che interdetti siano fondati sopra obbligazioni *ex delicto,* e siano simili assolutamente alle azioni *ex delicto.* Lo esser talvolta limitati negli effetti specialmente riguardo agli eredi, o essi interdetti o le azioni che nascono da loro, dipende solo da ciò che vi è talvolta necessario l'intervento d'un delitto e che allora non vi ha senza delitto alcun concetto neppure teoretico: ma ciò è, come provammo, ben lungi dall' importare che dunque si tratti di azioni *ex delicto.*

§ 20.

I pensieri di Savigny sul concetto del possesso han trovato molti seguaci. Accennerò solo i libri dottrinali di Mühlenbruch, di Puchta, di Vangerow, di Burchardi, di Maynz. Noterò in ispecie sull' *animus domini* il consentire che fanno a Savigny il Thibaut, l' Unterholzner, il Mackeldey, il Baron, il Windscheid,[1] ed altri. Dove però si svilupparono presto della contrarietà anche fra gli autori, che nel concetto dell' *animus* convengono col Savigny, fu a proposito del possesso derivativo. Altri, come Vangerow ed Unterholzner, estendendo il numero dei casi segnalati da Savigny, portandovi anche

---

[2] È anche per l'intervento della disobbedienza positiva necessario allo sviluppo del processo degl' interdetti proibitorii, che ne' medesimi si deve sempre agire *cum periculo* § 59.

[1] Thibaut *Pand. § 216;* Unterholzner *Verjährung pag. 5;* Mackeldey *Lehrb. § 211;* Baron *Pand. § 112;* Windscheid *§ 148.* Quest' ultimo nella *nota 5* vuol ben marcato, che la volontà dev'essere quale il proprietario *può* averla, piuttosto che quale il proprietario l' *ha;* e ciò per tener lontano il rapporto al diritto.

quello del superficiario, od anche quello dell'usufruttuario, come fa Burchardi; altri per converso riducendolo, come fa Puchta, ai soli due casi del creditore sul pegno e del precarista. Il Thibaut poi tanto nelle *Pand. § 208* quanto nell'*Arch. für civ. Pr. vol. 18, pag. 320 segg.* riguarda tutti e quattro i casi, del creditore, del precarista, del sequestratario e dell'enfiteuta, non come specialità ammesse per disposizioni di diritto, ma anzi come conseguenze di una regola, secondo la quale il possesso insieme agl'interdetti possa esser trasferito, ove non si trovino fatte eccezioni. Tali eccezioni esso ritrova quanto al colono e simili, ne' quali sarebbe stato, per ragioni speciali di economia di processi, escluso di poter trasferire il possesso. Finalmente Windscheid *§ 149 not. 7* ripudia affatto il possesso derivativo. Nell'enfiteuta riconosce una *juris quasi possessio* (cf. § 146); del creditore del precarista e del sequestratario dice aver essi il vantaggio del possesso, ossia gl'interdetti, dato loro per singolare destinazione e finzione del dritto positivo, onde, fingendosi essere in essi presenti gli elementi tutti del possesso, benchè in verità non lo siano, può dirsi che possesso ne' medesimi si ritrovi. Avendo dimostrato la insussistenza del punto di partenza che questi autori han comune con Savigny, cioè l'*animus domini*, è superfluo il trattenerci in ulteriori esami su queste loro varietà.

§ 21.

Ma un forte numero di autori si è più o meno allontanato dal concetto che dell'animo del possessore ebbe Savigny; e ciò con tale differenza di vedute e tanto minute diramazioni d'idee, da far dire ad Arndts *§ 138 n. 4* che le controversie sulla volontà di possedere sono interminabili, ed a Meischeider *§ 4* esser questo un insolubile problema. Dappoichè un' eletta mano di scrittori crede, che del possesso esista un concetto più generale di quello pensato da Savigny. Van Wetter *Traité de la possess. en droit rom. num. 1* definisce il possesso un fisico potere totale o parziale sulla cosa, ovvero la detenzione della cosa nell' intendimento di esercitare

su di essa sia il diritto di proprietà sia uno de'suoi smembramenti. Per smembramenti della proprietà intende i dritti reali. A queste vedute si aggiungono altri, come Unger *System. I § 68,*[1] Arndts § 129, e Milone nel suo interessante lavoro *Il possesso delle cose e dei diritti ecc. pag. 21 segg.* Anzi alcuni anchè più generalmente intendono il possesso, almeno riguardata la filosofia del dritto, e tenuto conto del dritto moderno; e vi comprendono lo esercizio di fatto dei dritti di obbligazione, od anche dei dritti di famiglia. Così Bruns *Das Recht des Besitzes* (cf. *§ 54-57*); il quale perciò definisce il possesso nella sua generale accezione essere la dominazione di fatto corrispondente al dritto, esercitata dal subietto del dritto sull'obietto del medesimo: e Randa *Der Besitz etc. pag. 29 e 505,* che definisce il possesso, la possibilità di fatto di ripetere l'esercizio d'un dritto. Secondo questa teoria il possesso, come rapporto di fatto corrispondente al dritto di proprietà, sarebbe la *rei possessio*; il possesso, come rapporto di fatto corrispondente ad altri dritti, sarebbe la *juris quasi possessio.*[2] Quindi è che alcuni di essi scrivono che l'*animus domini* deve bensì trovarsi nella *rei possessio,*[3] ma che pel generale concetto del possesso questo *animus domini* non è punto necessario e basta l'*affectio* l'*animus possidendi.*[4]

---

[1] UNGER riconosce possesso anche quanto a que'speciali diritti esercitati su altrui fondo che i tedeschi nomano *Reallasten;* ben inteso, sempre come esercizio di fatto. Anzi in un suo scritto *Sächs. Entwurf* riconosce ancora ne' così detti *Rentrechten* possibilità di possesso: opinione che poi revoca nel *Syst. II, pag. 269 n. 56.*

[2] ARNDTS, BRUNS, MILONE loc. cit. — Gli altri autori non comprendono la *juris quasi possessio,* che pur essi estendono chi più chi meno, in una definizione generale del possesso, ossia non la riguardano come parte d'un concetto fondamentale unico, ma come estensione fatta per analogia del possesso delle cose (ved. § 413).

[3] RANDA, *p. 16, n. 19,* e prima di esso WINDSCHEID *§ 149, n. 5,* vo- [illegible] notato, che non è punto necessario all'*animus domini* che il possessore abbia la volontà di acquistare o esercitare la proprietà sulla cosa, di averla sua « (zu eigen), » ma che basta la volontà di averla a guisa di sua « (wie eigen). »

[4] Ved. VAN-WETTER *num. 1, 2, 24*; MILONE *pag. 36, segg.*

§ 22.

Cosa diremo delle vedute di tutti questi autori? Prescindiamo da coloro che estendono la *juris quasi possessio* all'esercizio di fatto dei dritti di obbligazione od anche di famiglia; chè questa teoria quanto alla *juris quasi possessio* non regge certamente in dritto romano, purchè questa si abbia una giusta idea. Rimettiamo ciò al trattato sulla *juris quasi possessio* § 453 seg. Ed a questo rimettiamo ancora il dimostrare che pur gli altri, che, scorgendo nel concetto generale del possesso l'esercizio della proprietà e dei diritti reali, riferiscono a questi ultimi la *j. q. p.*, non si sono formati di questa una adeguata idea, nè sanno spiegare perchè nel creditore pignoratizio non *j. q. p.* ma *rei possessio* trovisi dalle leggi nostre riconosciuta, § 415. Qui notiamo, come questi stessi non abbiano saputo rendersi ragione del trovarsi certamente riconosciuto un possesso nel sequestratario e nell'avente a precario, ambedue esclusi da questo loro generale concetto del possesso. Altri ricorre al possesso derivativo di Savigny, come Arndts *§ 135 fi.*[1] Altri, come Milone *pag. 41 seg.*, ritiene che la teorica romana non corrisponde interamente ai concetti del corpo e dell'animo quali sono definiti nelle fonti, ma che del resto aver si dovessero ragioni speciali per estendere al precarista ed al sequestratario quella *possessio*, che non sarebbe loro spettata regolarmente. Quali possano essere coteste ragioni, e come di fronte a questo sviluppo possa conservarsi quella loro generale definizione del possesso, essi non ispiegano punto.

§ 23.

È questa l'opportunità di fare un'avvertenza che credo di non potere omettere. Anche negli scrittori, i quali nel possesso ravvisano un mero fatto, troviamo una grande inclinazione a riferire e confrontare il possesso coll'esercizio di dritti nella definizione stessa che danno di quello. Certo che sic-

[1] Van-Wetter invoca il possesso derivativo pel sequestratario, *pag. 13.*

come nell'ordine morale e giuridico ogni rapporto dell'uomo verso le cose dipende da un diritto, così può dirsi che il possesso sia uno stato di fatto avente la forma stessa dell'esercizio di qualche dritto. Anzi è indubitabile, che nello sviluppo del trattato del possesso è spessissimo necessario mettere in luce questo confronto fra il possesso e la forma dell'esercizio d'un dritto. Lo è per distinguere la portata degli elementi del corpo e dell'animo ne' singoli possessi all'effetto di decidere se siano o no da accordare a questi la usucapione e gl'interdetti: e così al possesso che ha forma dell'esercizio d'un dritto di pegno diamo gl'interdetti, li neghiamo a quello che ha forma dell'esercizio d'un dritto d'affitto; al possesso, che ha forma d'un proprio dritto di dominio, diamo l'usucapione, la neghiamo agli altri (§ 53, 493). Lo è per ispiegare l'espressioni *possessio libertatis*, *ingenuitatis*, *servitutis*, *libertinitatis*, (§ 83, 453). Ma non credo punto esatto lo introdurre questa idea e marcarla nella definizione, onde farne un elemento che determini i confini generali del possesso. Le definizioni non vanno mai prese dalla forma estrinseca di ciò che vuol definirsi o dal confronto benchè vero con altre idee estranee alla sostanza di quello, ma solo dai propri e sostanziali estremi. Nè il possesso è tale perchè ha forma eguale all'esercizio de' diritti, ma per altri suoi elementi costitutivi. Questa inesattezza, che forse innocua sarebbe in altre definizioni, non rimase tale nel trattato del possesso, ove la difficoltà della materia non soffriva che si partisse da un punto poco nettamente delineato. Si vollero assolutamente restringere i confini della *rei possessio* allo esercizio di fatto di determinati diritti; e ciò vedremo esponendo la nostra opinione sul concetto del possesso non esser vero, nè nel senso comune nè nel senso romano del medesimo. Inoltre alcuni, riportando il confronto col dritto posto in definizione alla definizione dell'elemento dell'animo, dicono che l'animo ha da essere diretto ad esercitare un dritto sulla cosa; come vedemmo in Van Wetter, e ritroviamo in Milone *pag. 20* ed in altri. Il ladro il predone, che pur posseggono, non solo non hanno nè vantano diritto, ma neppur hanno intenzione o vo-

glia di esercitarlo; intenzione e volontà, che in essi, aventi coscienza del misfatto e della conseguente impossibilità di potere giuridico, neppure si concepisce, come non si concepisce ch'uomo intenda e voglia l'impossibile. Essi vogliono, è vero, o con esplicito o con implicito pensiero fare quello stesso che fa il proprietario; ma senza punto pensare a diritto nella propria persona, e solo abusando dell'astuzia o della forza per godere a quel modo la cosa.[1]

§ 24.

Fin qui abbiamo veduto di quelli, che si allontanano dall'idea di Savigny sul possesso generalizzando il concetto di questo, e restringendo l'*animus domini* alla *rei possessio*, considerata da essi come parte di quel concetto generale. Altri abbandonano anche più recisamente l'*animus domini* come inteso da Savigny, o dando diverse spiegazioni alla ψυχὴ δεσπόζοντος de'Greci, o rimuovendola a dirittura dalla presente questione. È qui che si è sviluppato un nuovo campo ai più sottili pensieri. Valga per esempio lo Schröter *Giess. Zeitschr. 8, 2, pag. 233 e segg.* Secondo esso l'*animus domini* si può intendere anche in chi riconosca l'altrui dominio: si ritrova nell'enfiteuta attesa la estensione de'suoi diritti e de'mezzi giudiziari di cui egli può disporre: si ritrova nel creditore sul pegno in forza dell'espressioni delle nostre fonti « rem pignori dare, tradere,

---

[1] Dico questo per mostrare un pericolo di quelle definizioni, in cui viene inserito il confronto coll'esercizio del dritto; non davvero per dire che tutti gli autori i quali han dato simili definizioni siano caduti in tale inconveniente. Giacchè applicando pure quel confronto all'elemento dell'animo possono dire senza speciale errore: Intenzione di far ciò che farebbe lo avente il dritto (di trattar la cosa *wie eigen*, e non *zu eigen* o *als eigen*, come dice Randa *loc. cit.* sopra § 21, n. 3, *e pag. 332*). Così anche noi dopo avere per la *juris quasi possessio* indotto nella definizione stessa il confronto coll'esercizio del dritto (lo che anche in quella è necessario ct. § 419. segg.), non vi definiamo l'animo come volontà di esercitare un dritto di servitù, ma come volontà di agire sulla cosa nella guisa di chi vi esercita il dritto di servitù (§ 461).

accipere » per le quali la cosa passa in certo modo (« gewissermassen ») nel creditore, e in forza della storica origine del *pignus* nella *fiducia*: si ritrova nel precarista, che quanto al possesso tratta la cosa come sua in virtù del permesso del *precario dans*, e nel sequestratario che a sua volta ha un *animus domini* per la commissione avuta dal deponente. Vere violenze, come a ragione le chiama Randa *p. 21, n. 24*, che lasciano inesplicato perchè l'*animus domini* così inteso non si trovi anche nell'usufruttuario, nel colono, nell'inquilino, nel comodatario. Altra via batte il Sintenis *Civilr. I, § 42, n. 13* e *Linde's Zeitschr. 7, VII.* Essere la volontà nel possesso l'*animus domini*, la volontà di esercitare la proprietà, avuto riguardo al suo fine prossimo, ed essere stata questa la più antica determinazione dell'animo. Ma essere stata quindi per nuovi concetti e rapporti giuridici modificata, così che sia volta in un *animus rem sibi habendi*, inteso da Sintenis per più comprensivo dell'*animus domini* cioè per l'animo di tenere pel proprio interesse.[1] Questo egli rinviene nel riconosciuto possesso dell'enfiteuta, del creditore sul pegno, del precarista: nel sequestratario non sa riconoscerlo. Dice essere il possesso negato nel colono e nell'usufruttuario per mancanza d'un positivo riconoscimento delle leggi. Così vien su una teoria vacillante ed incerta: mentre da una parte nel sequestratario non vi si riconosce l'*animus rem sibi habendi* eppure egli è nel dritto nostro riconosciuto per possessore, e dall'altra nel colono e simili, che pur hanno l'*animum rem sibi habendi*, non si vuole ammetter possesso.[2]

---

[1] Altri confondono l'*animus domini* e l'*animus sibi habendi*, v. § 48.

[2] Questo *animus sibi habendi* inteso più estesamente che l'*animus domini*, cioè per l'animo di ritenere per proprio conto o per un diritto, si ritrova adottato da Varnkönig *Archiv. f. civ. Prax. vol. 13, IX,* da Molitor *La possession etc. num. 18*, e da altri. Perchè vada ricusato lo proveremo direttamente più sotto (§ 48). — Mentre gli autori, de' quali nel presente paragrafo ho parlato, slargano il concetto di Savigny sull'*animus domini*; il Lenz *Recht des Besitzes pag. 102 segg.* difende, che l'animo ha da essere d'aver la cosa interamente e per sempre « (ganz und für immer) ». Così neppure il padrone, che ad un certo giorno ha da trasferir la cosa ad un altro, sarebbe possessore, tranne il caso che facesse proponimento di frodare il suo creditore.

§ 25.

Se molti han contradetto Savigny quanto al concetto ch'ei si formò del possesso; anche più lo hanno attaccato su ciò che ha proferito quanto alla difesa del medesimo, ed anche qui in modi assai vari; per lo chè Bruns *Das Recht des Bes., p. 416.* dice potersi appena pensare un maggior dissenso. Anche i seguaci, che Savigny su questo articolo ha trovato, come Rudorff *Zeitschr. f. gesch. RW. 7. pag. 90 segg.* Kierulf *Civilr. 1. p. 350 segg.* e qualch'altro, aggiungono modificazioni più o meno importanti. Gli avversari poi, che formano il gruppo più numeroso, sono quelli che il possesso pongono in relazione maggiore o minore col concetto d'un dritto. L'idea antica, ma non buona (§ 6 e 7), che la difesa del possesso si basi sulla presunzione del dritto,[1] si riaffaccia in alcuni, come in Hufeland *Geist des röm. Rechts II. pag. 42 segg.*, in Unterholzner *Tüb. Krit. Zeitschr. IV p. 359*, in Buonamici *Arch. giurid. IX 410 segg.*[2] — Altri invece escogitano un diritto relativo negativo o provvisorio. Come Coccejo avea già scritto, che la difesa del possesso si basa su ciò che il

---

[1] Anche a Savigny questa idea non dispiacque primieramente: l'abbandonò nella sesta edizione del suo lavoro.

[2] Il Buonamici nella sua elegante dissertazione fonda la presunzione non su dati statistici (lo che veramente sarebbe falso, siccome abbiamo già osservato), ma sulla regola, che agli occhi della legge tutti coloro, che pacificamente nella convivenza degli uomini esercitano dei diritti, sono da credersi padroni di que' dritti medesimi (ripeto le sue parole), come generalmente gli uomini credono: e ciò per l'ufficio de' codici in se considerati e per la logica delle credenze umane. Questa regola poco determinata cosa significa? Forse che si deve presumere vero ciò che gli uomini generalmente credono? Passi questo. Ma torna la questione: È poi vero che gli uomini generalmente credano aver chi possiede il dritto di proprietà? Se i dati statistici non suffragano, convien negare, e dire piuttosto che gli uomini prudentemente non fanno vaghe congetture nè pel sì nè pel no. Vuol dir forse quella regola, essere uffizio de' codici *praesumere homines bonos donec probentur mali?* Questo sarebbe egregio. Ma applicato all'assunto, supporrebbe erroneamente che di possessi non siano che due maniere, una de' padroni l'altra de' ladri e predoni.

fatto abbia ad esser protetto a guisa di diritto fino a diritto non chiarito (§ 7); così Thibaut riporta la difesa del possesso a ben simile pensiero che esso chiama assioma di ragione. Cioè che, non potendo alcuno vincere giuridicamente un altro senza preponderante forza di dritto, chi trovasi di fatto nell'esercizio d'un dritto ha da essere in tale stato provvisoriamente lasciato.[3] Similmente Arndts *§ 129*, pronuncia, che nell'ordine giuridico una dominazione di fatto ha da essere rispettata fino a che altri coi mezzi giuridici non faccia valere il proprio diritto contrario. Anche Leist *Die bonor. poss. § 35* trova nel possesso un dritto, che esso dice non materiale ma formale e provvisorio, uno stato meramente negativo riguardo al dritto; e sostiene che il possessore deve esser protetto per la ragione che non si ha da cangiare il suo stato, finchè niuno provi che a se competa il vero dritto sulla cosa.

§ 26.

Con queste teorie non si spiega perchè colui, contro il quale si esercitano gl'interdetti, non sia nel processo dei medesimi ammesso ad eccepire il suo diritto, p. e. il suo dominio. Resta inoltre nella oscurità il perchè coloni comodatari e simili siano sprovvisti d'interdetti. Poichè se l'assoluto ufficio di questi fosse di difendere uno stato negativo quanto al dritto, nulla avrebbe da importare onde tale stato preso avesse la origine o la portata; dovrebbero gl'interdetti concedersi ad ognuno, che in quello stato si ritrovasse, contro chi attentasse a turbarlo prima d'aver dimostrato le sue vere ragioni.[1] Più inesplicabili ancora restano gl'interdetti *recupe-*

---

[3] Così si esprime il Thibaut nel *Syst. § 204, 8ª ediz.* Ma nel suo *Besitz und Verj. § 2* trovasi la difesa del possesso riguardata semplicemente come una necessità legislativa.

[1] Il Leist *pag. 218* osserva, che chi tutto il proprio diritto deriva dal proprietario non può pretendere a difesa del possesso senza mescolarvi necessariamente la *quaestio dominii;* per la ragione, che tutta la sua attenenza alla cosa riposa sulla concessione del padrone. Chi pensi, che anche il precarista ha gl'interdetti, scorge facilmente la debolezza di tale raziocinio.

randae possessionis, che *oppugnant possessorem l. 1 § 4 uti poss.* Dopo tolto il possesso violentemente ad un altro, possiede chi tolse, per esso è quello stato negativo, nè dovrebbe ad esso esser tolto il possesso senza dimostrazione del dritto. — Tutto questo ho detto non colla vista di condannare come del tutto false in se le cose scritte da questi autori; che anzi modificate e messe al loro posto vedremo esser giustissime. Ma il principale errore, in cui secondo me sono i medesimi incorsi, sta nello aver pronunciato queste idee come principali od uniche nella spiegazione della difesa del possesso. Finchè isoliamo o poniamo a capo delle nostre considerazioni la ispezione del possesso per se, ci ritroveremo sempre dirimpetto ad un fatto materiale che non è fonte di dritto. Solo invocata principalmente l'azione animatrice del gius positivo si potrà spiegare la protezione giuridica del possesso. Solo allora comprenderemo perchè contro chi esercita l'interdetto non si ammetta eccezione di dritto, perchè non a tutti tal protezione competa, e perchè competa anche dopo tolto il possesso; attribuendo all'opera prudente degli autori del dritto positivo e gli ampliamenti e le limitazioni. Ma non giova prevenir qui la esposizione delle nostre vedute.

§ 27.

Il vuoto lasciato dagli autori, de'quali abbiamo or ora discorso, è stato da altri inteso: han cercato riempirlo col richiamare più stretto, più unito al concetto del possesso l'elemento giuridico. Qui comincia un'altra serie di nobili scrittori i quali la difesa del possesso richiamano ai pensieri della filosofia germanica, sicchè spesso sembri leggere dei passi delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* di Hegel. Già il Zachariä *Dissert. Universal. quaed. de poss. princ. etc. 1805*, avea detto, che la protezione del possesso nasce dal generale diritto della libertà personale, sendochè la turbazione del possesso offende il dritto che la natura ha dato all'uomo di usare illimitatamente le forze del suo spirito e del suo corpo. Ma chi su questa via procedette assai fu il Gans, della he-

geliana filosofia fautore caldissimo.[1] Nel suo *System des römischen Civilrechts in Grundrisse 1827, pag. 202-215*, con un ben lungo discorso fissa nella volontà umana la ragione del diritto; stabilisce esser la individual volontà la fonte prima di questo, a cui però per diventar dritto veramente convien che si accosti la volontà generale di tutti gli uomini. Ciò posto, richiama il possesso all'idea del dritto di proprietà; la chiama proprietà incipiente (« anfangendes Eigenthum ») e lo mette a capo de' *jura in re*. Imperocchè quando altri occupa la cosa, in questa privata volontà stà il principio del dritto di proprietà, ed ecco il possesso proprietà secondo la volontà individuale, proprietà incipiente. La quale diverrà pieno diritto di proprietà, quando si accosti virtualmente la volontà universale onde la individuale sia confermata; e ciò accade quando la volontà individuale sia giusta, ossia quando la cosa occupata sia *nullius*. — Lascio di ripetere che in dritto romano è segnalata la profonda separazione fra proprietà e possesso (vedi i testi a § 6): accenno solo quanto allo stesso dritto romano, che se vi si trova quanto al possesso un'idea che possa sembrare approssimativa a quella d'incipiente proprietà, ciò è solo nel possesso di chi sta in condizione di usucapire; però molti altri sono i possessori ammessi alla protezione degl'interdetti. Ma, pur volgendomi a viste razionali e valendomi del linguaggio stesso della hegeliana filosofia, non so comprendere come possa chiamarsi il possesso proprietà incipiente solo perchè vi si ravvisi il primo passo che meni a questa. Imperocchè se nel progredire del presente momento può dirsi posto il futuro solo come futuro, non si ha da intendere con questo che il presente null'altro sia che lo avvenire. Definire il possesso da ciò a cui esso conduca,

---

[1] Nella prefazione d'un altro suo lavoro, l'*Erbrecht*, il Gans professa di dovere allo studio su Hegel ogni sua scienza, lo apparire della Filosofia del dritto di questo pensatore profondo esser stato per se il risplendere di limpido giorno, a quello studio appartenere quanto ne' propri lavori esser possa di alcun valore. Certo non più disse Tullio nostro del suo divino Platone.

è definirlo non secondo la realtà del suo essere *(Dasein)* ma secondo il suo non essere *(Anders sein)*. La radice del male fu nello eccesso dell'immenso omaggio reso alla volontà. Dappoichè il diritto ha la sua fonte nelle leggi eterne del giusto: queste all'umano intelletto risplendono nobilissimamente, sono eletta guida alla volontà, ma non sono l'intelletto e la volontà. Nè la umana personalità, che merita certamente una perpetua protezione giuridica, cangia col suo contatto in buoni i rapporti da quelle leggi difformi sol perchè in essi la volontà si trovi impegnata.

§ 28.

Eppure se l'idea di Gans sulla proprietà incipiente è stata abbandonata,[1] assai coltivata ritrovasi l'altra del rispetto alla volontà, alla personalità, come base della protezione del possesso. L'accettano Unger *Sächs. Entw. p. 104*, Randa *p. 76 e 250*,[2] Molitor *§ 9*, che su queste idee dice essere il possesso un dritto in se stesso, e Milone *p. 11*. Sulla medesima insiste lungamente Puchta nel *Rhein. Mus. III p. 289 segg.*, ove dopo aver detto che il possesso è un dritto *p. 290*, lo classifica fra i dritti sulla propria persona *p. 305*. Dappoichè secondo Puchta se viene protetta la natural soggezione della cosa, come naturale cioè prescindendo dalle qualità giuridiche, ciò non può essere che una mera ricognizione della volontà; e chi vuol essere protetto in quel naturale assoggettamento

[1] Quel che scrive Trendelenburg *Naturrecht pag. 172*, doversi difendere il possesso perchè contenga i principî di una possibile proprietà, non è da confondersi coll'idea di Gans sulla proprietà incipiente, benchè alcuno degli argomenti da noi recati contro Gans valga anche contro quest'altro scrittore.

[2] Randa a *pag. 255*, riconosce che la ragione da lui assegnata alla protezione del possesso vale solo come un motivo legislativo, e che la *Störung* della volontà è riguardata come contraria al dritto e non permessa solo dopo che tal ragione è stata apprezzata dal dritto positivo. È stato un bel pensiero di Randa il porre così in luce l'opera del gius positivo; ma non felicemente mette l'ossequio alla volontà come motivo determinante.

vuole precisamente che sia riconosciuta la sua volontà per se, vuole avere la volontà propria *p. 306*. Come se la mira di chi esercita un interdetto fosse direttamente e propriamente quella di ricevere uno sterile ossequio al suo volere. Come se i desiderii individuali, qualunque essi esser possano, di chi si vale d'un mezzo giudiziale siano tutt'una cosa colle alte vedute che si ebbero nello introdurlo nella legislazione. Come se una posizione non potesse esser protetta dal dritto positivo se non quando e come tal protezione è reclamata dal suo intrinseco valore, onde la ragione della difesa s'abbia a cercar sempre in qualcuno degli elementi dai quali la posizione risulta; nè potessero le leggi accordare una difesa in vista di considerazioni esteriori di grave convenienza. — Non molto si allontana il Windscheid scrivendo *§ 148*, che siccome nello Stato ogni volontà vale quanto un'altra, così qualunque volontà, che si manifesta di fatto col possedere, ha come tale un valore eguale a quella di un'altra individual volontà che a se intendesse trarre la cosa; onde se un'altra individual volontà intenda operarle contro, debba far ricorso ai ministri dello Stato. Ma se ogni volontà ha egual valore alla volontà altrui, dunque il possesso può esser turbato e tolto a forza. Poichè se il turbato o spogliato metterà in campo la sua volontà, risponderà l'altro che anche esso vuole e che il voler suo vale alla pari.[3] — Anche il Bruns *Die besitzklag.*

[3] Indarno rimarca WINDSCHEID, che dallo essere le due volontà di egual valore non discende, che dunque lo spogliante non abbia usato torto nel togliere il possesso arbitrariamente. Asserzione di cui non è dimostrata l'esattezza nè da esso nè da RANDA che a *pag. 255 n. 11 b.* la riferisce e l'approva. Randa veramente ricorre anche alla riflessione che il sopportare una tal lotta di forze fisiche, allo scopo di far valere le volontà, condurrebbe alla ruina di ogni ordine giuridico. Ma o per ordine giuridico intende il giure in se, in quanto è ordinamento verso il buono utile, ed allora la sua riflessione è, direbbero gli scolastici, una petizione di principio. O intende l'ordine pubblico, e allora diserta dal proprio campo e passa all'altro di coloro che dopo il RUDORFF *Zeitschr. f. gesch. RW. VII. p. 90-114* la difesa del possesso derivano da ben diversa origine; cioè dalla necessità pubblica che i cittadini non si faccian ragione da per loro. Opinione, che non ha certo in se quanto basta per dare una soddi-

§ *27*[4] riporta la protezione del possesso al riconoscimento della umana libertà nel sottoporsi la non libera natura. Poichè, esso dice *pag. 291*, se nella occupazione di cose prive di padrone la volontà dell'occupatore ottiene una salda autorizzazione, quindi segue (« daraus folgt ») che se si tratti di cose non decisamente prive di padrone ma sulle quali il dritto altrui è sconosciuto o dubbioso, il possessore è autorizzato a restare in possesso fino alla prova di questo dritto. Come la seconda proposizione segua dalla prima, non si può intendere. Come non s'intende perchè un'autorizzazione che nasce dallo essere il dritto altrui sconosciuto o dubbioso non debba cessare appena questo diritto sia posto in luce, e perciò perchè nel processo interdittale non sia ammessa la eccezione del dritto. Portata la discussione in queste ambagi, non si è fatto risparmio di sottigliezze d'ogni maniera; e Lenz[5] scrive queste parole: L'Io volente, come spirito che se stesso realizza, secondo la sua natura può volere solo ciò che è ragionevole. Preferirei mettermi con Bekker *Actionenr. II pag. 329*, e negare fino la possibilità di trovar la base della difesa del possesso.

---

sfacente spiegazione. Poichè non spiega molta parte della teoria degl'interdetti e specialmente lascia scoperti quelli che, coll'ordine pubblico così inteso non han che fare, p. e. l'*uti possidetis* nel suo uso di sciogliere una mera e semplice controversia fra' due che si asseriscono pacificamente uno stesso possesso, § 665 segg. Tale opinione è stata dallo stesso Rudorff tacitamente abbandonata nelle sue note alla 7ª edizione di Savigny. Certo che nulla prova per essa il passo di Teofilo *ad pr. I. de interd.* in quelle parole « Ἡνίκα τοίνυν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς μεταξὺ δύο τινῶν γίνεται φιλονεικία, ἀπέρκονται πρὸς τὸν πραίτωρα, τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι, ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ φόνους πλημμελεῖσθαι, καὶ πραύματα ἐπάγεσται, παὶ πληγὰς ἐπιφέρεσθαι ἐν ταῖς τοιαύταις φιλονεικίαις », ove Teofilo non fa che narrare che nelle dispute di possesso spesso avvengono serie turbolenze, ma non che qui consista la ragion vera degl'introdotti interdetti.

[4] Lo segue il compianto Padelletti, *Arch. giur. XV, 31 seg.*

[5] *Das Recht des Besitzes pag. 30 segg.* A *pag. 86 segg.* definisce il possesso non solo essere un dritto, ma l'unico dritto sulla cosa. Dice espressamente, che il pieno dritto sulla cosa l'ha solo colui che vuole avere e ritenere la cosa; il proprietario è solo intanto padrone della cosa, in quanto che la possiede, *pag. 87*.

§ 29.

Non posso chiudere questa enumerazione delle principali opposizioni fatte al Savigny senza occuparmi dello Jhering, il quale è stato del medesimo il più dichiarato avversario. È ormai famigerato quasi quanto quello di Savigny il suo libro *Ueber den Grund des Besitzesschuztès*, che è stato tradotto in italiano dal Prof. Forlani nel 1872 (ved. § 8 n. 1). Secondo Jhering la protezione del possesso è un necessario complemento della protezione della proprietà, una facilitazione della prova a favore del proprietario, *pag. 36 e seg.;* il possesso può essere designato come una posizione della proprietà, come una sua fortificazione avanzata. Esso non esiste per cagione propria, ma a motivo della proprietà. Il proprietario si difende nel possesso contro i primi attacchi, che prendono di di mira il suo diritto, *pag. 43.* Prevede la difficoltà che sorge spontanea contro queste idee, la protezione cioè accordata anche al possesso del ladro e del predone, insomma del possessore di mala fede. E risponde dicendo, che la protezione del possesso è stata introdotta in contemplazione delle persone oneste, ma di necessità vi partecipano le disoneste. Per escluderle converrebbe intraprendere appunto quella investigazione che si vuole eliminare nell'interesse dello abbreviare il procedimento, vale a dire se il possessore abbia o no diritto, *pag. 48.* Secondo le esposte idee Jhering chiama il possesso *Thatsächlichkeit* (traduce Forlani col consenso dell'autore, la esteriorità) della proprietà *pag. 11*, e stabilisce due proposizioni: Dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso, dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso *pag. 115.* — Il sistema di Jhering se ha avuto fautori, frai quali il più caldo è il suo bravo traduttore, ha però trovato non pochi e dichiarati oppositori, come Arndts, Bekker, Bruns in Germania, ed in Italia Buonamici e Milone;[1] e ve-

[1] ARNDTS § 135 n. 2; BEKKER *Action.* II, p. 330 segg.; BRUNS *Besitzklag.* § 7 segg. p. 275 segg.; BUONAMICI *Arch. giur.* IX, p. 400 segg.; MILONE pag. 16.

ramente non mi pare che possa essere seguito. Per quanto si cerchi frai molti frammenti del diritto romano, che si riferiscono alla teoria del possesso, non può trovarsene alcuno, ove sia pronunciato il concetto che Jhering ascrive al medesimo. Nè vale ciò che esso osserva *pag. 21*, trattarsi qui d' una questione legislativa, nella quale noi possiamo usare un' espressione sebbene estranea ai romani purchè colpisca esattamente la cosa. Perchè il non trovarsi nelle leggi nostre alcuna enunciazione almeno equivalente di quel concetto, significa che diversa era non solo la forma ma pur la sostanza del pensiero romano.

§ 30.

Ma anzi ne' frammenti vediamo espressa tesi contraria, la separazione assoluta del possesso dalla proprietà. Sono i due testi che già citai al § 6, la *l. 12 § 1. h. t.* « Nihil commune habet proprietas cum possessione, » e la *l. 52 pr. eod. tit.* « nec possessio et proprietas misceri debent. » Aggiungasi la *l. 14 § 3 de except. rei judic.* » in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur, » e la *l. 2 § 2 de interdict.* ove Paolo stacca dagl' interdetti che regolano il possesso gli altri che « proprietatis, non possessionis causam continent, » e la *l. 2 uti possid.* « Iusta enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. » Nè basta a spiegare coteste espressioni quel che replica Jhering *pag. 37*, esser le medesime proferite nel senso dell' indipendenza pratica e dommatica del possesso dirimpetto alla proprietà, cioè di escluder nel processo possessorio in via di principio ogni discussione sulla questione spettante la proprietà; senza che per esse sia tolta la relazione legislativa o filosofico-giuridica di ambedue gl' istituti. Imperocchè di tal spiegazione non è soddisfatto l' energico *nihil commune habet* di Ulpiano *d. l. 12 § 1.*, nè il reciso *nihil refert* di Paolo *d. l. 2. uti possid.*, ove il giureconsulto aggiunge « qualiscumque enim possessor hoc ipso quod possessor est (pel solo esser possessore e non per altra vista di dritto di proprietà) plus juris habet, quam ill

qui non possidet. » Nè pago della interpretazione di Jhering può essere Venuleio *d. l. 52. pr. h. t.*, che la divisione assoluta fra possesso e proprietà pronuncia nel definire dove sia o non sia un possesso secondo i caratteri legislativi e non in trattato di processo e di giudiziali discussioni.

§ 31.

È per la separazione assoluta del possesso dalla proprietà, che il dritto nostro espressamente riconosce per possessori i creditori nel pegno, i coniugi donatari, i precaristi, i superficiari, gli enfiteuti e gli aventi *agrum vectigalem*, per tacere di altri che enuncieremo al proprio luogo. Anzi dà esplicitamente gl'interdetti ai possessori destituiti di dominio contro lo stesso padrone. « Si dominus fundi possessorem vi dejecerit, Cassius ait, non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto unde vi restituturus sit possessionem. » *l. 4. § 26 de usurp. et usucap.* E questo non significa davvero che gl' interdetti proteggano la proprietà. — È per la indifferenza del dritto, e perchè si proteggono i possessori come tali e non per alcuna loro ulteriore qualifica, che la difesa del possesso è accordata a' ladri e a' predoni. Indarno replica, siccome esponemmo, lo Jhering, che il darsi interdetti ai non padroni e specialmente ai ladri e possessori di m. f. è necessaria conseguenza dello aver le leggi voluto con quelli difendere i proprietari senza costringerli alla prova del loro dritto. Primieramente, posto ciò, converrebbe stabilire, che se il dritto di proprietà in colui, contro cui s' impetra l' interdetto, fosse limpido ed anche riconosciuto dall' impetrante, l' interdetto non avrebbe a darsi; ma ciò è certamente falso in dritto romano. In secondo luogo non si può intendere come si possa rinvenire negl' interdetti una difesa avanzata della proprietà, quando praticamente finiscono col darsi indistintamente e a proprietari e a non proprietari. Anche sotto questo punto di vista la teoria di Jhering non può sostenersi a meno che non si ricorra alla presunzione della proprietà ne' possessori, cioè vogliasi difendere per dati statistici essere i possessori il più delle volte

padroni cosicchè possa la legge ne' possessori presumere la proprietà, insomma si ritorni alle idee della proprietà presunta che pur sono dallo stesso Jhering rigettate, *pag. 21. seg.* Tanto vero, che lo stesso Jhering, pur protestando di farlo solo per appoggiare la sua opinione e non per assegnare il vero fondamento, si trova costretto a ricorrere a dati statistici e ad asserire che i casi de' possessori non autorizzati su quelli di possessori autorizzati sono appena nella proporzione di $^1/_{10}$ per cento. Ma oltrechè questo ripiego non salverebbe la teoria di Jhering dalla prima riflessione che or ora facevo, torna ciò che opponemmo alla opinione sulla proprietà o diritto presunto, che cioè non è punto certo ma azzardato il dire che i dati statistici stanno per i possessori proprietari, mentre tanta copia di possessi si trova in non proprietari o non affatto autorizzati o aventi diritti differenti dal dominio. Nè, come giustamente riflette Bruns *Besitzklag. p. 277,* nel formare una statistica diretta all' apprezzamento degl' interdetti si dovrebbe tener conto dell' infinito numero dei possessi non discussi, ma solo dei disputati, ossia vedere se il maggior numero degl' interdetti sia veramente mosso da' proprietari: ed il risultato di questa indagine, seppur potesse ottenersi, darebbe un rapporto assai differente da quel $^1/_{10}$ per cento di Jhering.

§ 32.

Passiamo ora in rassegna i molteplici argomenti che Jhering ha addotti in sua difesa. Fa capitalmente valere la necessità stessa di difendere a sufficienza la proprietà. Poichè dice, che se mancasse quella protezione del possesso com' esso l' intende, in ogni turbativa di possesso il proprietario dovrebbe richiamarsi alla sua proprietà e non al suo possesso e quindi fornirne all' occorrenza la prova. Ora, soggiunge, ciò equivarrebbe alla proscrizione di tutti coloro che non sono in grado di provare la loro proprietà, *pag. 38.* — Direbbe bene chi dicesse, che gl' interdetti, introdotti per tutt'altra ragione che di difender la proprietà, possono però avere anche que

sto accidentale vantaggio, che talvolta forniscano un mezzo di difesa indiretto per la proprietà. Quando cioè accada esser precisamente il proprietario offeso ne' dritti suoi colui, che si trovi in circostanze da poter valersi dell'interdetto: nel qual caso è certamente giovevole ad esso il servirsi dell'interdetto anzichè dalla R. V., ed a servirsene viene persuaso da Gaio *l. 24 de R. V.* Ma questa mira indiretta non può bastare a spiegar la origine degli interdetti, i quali, come tutti gl'istituti di dritto, debbono pur avere uno scopo diretto che ne formi la vera ragione. E tale non è certamente la protezione di coloro che non possono provare la loro proprietà. Giacchè ogni mezzo giuridico di difesa suppone un sicuro diritto da difendere, lo chè è in contradizione con questa ipotesi. Come questo dritto ne' possessori sia stato costituito e su quali elementi, onde conceder loro gl'interdetti, diremo nell'esporre le nostre vedute sulla questione presente.

§ 33.

Aggiunge Jhering molti argomenti presi dal dritto romano. Comincia dal considerare la storica discendenza dei nostri interdetti dall'antica dazione delle *vindiciae* al tempo delle *legis actiones;* ora secondo lui le *vindiciae* non davano solo il possesso ma una proprietà interinale, *pag. 59.* E così, prosegue *pag. 61*, gl'interdetti *retinendae possessionis*, che sono i successori delle *vindiciae*, sono stati introdotti per regolare la proprietà; come apparisce dalla unione del loro processo con quello della R. V. marcata da Gajo *IV. § 148,* da Ulp. *l. 1, § 3 uti possid.*, da Giustiniano *§ 4, I. de interd.*, e da Teofilo *ad h. §.* — Non neghiamo, come nega Bruns, che l'*uti possidetis* sia succeduto all'uso delle *vindiciae* e che il suo uso originario fosse quello di regolare il possesso nel processo della R. V. (§ 665 segg.). Ma neghiamo quanto alle *vindiciae* che per esse fosse dato qualche cosa oltre il mero possesso. « praetor (dice Gaio *IV. 16*) secundum alterum eorum vindicias dabat, idest interim aliquem *possessorem* constituebat. » Le dava il pretore non capricciosamente ma su dati di con-

venienza e di equità (§ 688), ne' quali per altro niun posto aveva qualunque saggio di prova del dominio, che era tutt'intera lasciata al posteriore sviluppo della lite di proprietà. Tanto vero, che, com' esso Jhering sostiene e noi approviamo (§ 664), anche colui che per se avea ottenuto le *vindiciae* restava in pieno dovere di fornir quindi la prova sulla proprietà tanto quanto il suo avversario. Onde non si può concepire come nella precedente dazione delle *vindiciae* possa lo Jhering scorgere l' origine storica della sua teoria sulla facilitazione della prova del dominio. Quando poi l'*uti possidetis* cominciò a regolare il possesso per la lite di proprietà, attribuì certamente il possesso, anzi anche allo scopo di esimere dal peso della prova nella lite medesima; ma pur esso null'altro diè che possesso nè ebbe punto il carattere di difendere la proprietà. E la distinzione fra l' *uti possidetis* e la difesa di proprietà più spiccata apparisce qui, che negli altri suoi usi posteriori ne' quali si adoperò senza l'occasione della R. V. Imperocchè non s'intende affatto che tale interdetto fornisse protezione di proprietà mentre la discussione su essa era imminente e lasciata nella sua integrità, quanto alla medesima tutto restava in dubbio e vi si scorgeva tanta probabilità di vittoria per chi aveva ottenuto nell'interdetto quanta per chi in esso avea perduto. Onde Ulpiano appunto in vista dell'originario uso dell'*uti possid.* dice nella *l. 1*, *§ 2 uti possid.* « Huius autem interdicti proponendi causa fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest u' alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quiden sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. »

§ 34.

Un altro argomento prende Jhering dalla *juris quasi po*s*sessio*, tanto riguardata l'espressione stessa quanto l'idea. Se condo lui *pag. 147*, se la nozione del possesso non si riferiss al dritto, non si sarebbe adoperata l'espressione *j. q. p.* m piuttosto l'altra *juris usus*. E solo se si perviene al possess

partendo dal dritto apparisce a suo credere concepibile la estensione del concetto possessorio a tutti i diritti rispetto ai quali può esser parola d'una relativa esteriorità; anzi questo fatto contiene per essi un'ultima necessaria evoluzione della loro giuridica conformazione, *pag. 121.* — Rispondiamo, che se i romani riconobbero una *j. q. p.*, ciò non fu un'intima conseguenza dello essere destinato il nome di possesso a significare la esteriorità dei diritti; lochè condurrebbe ad estenderla a tutti i diritti ne' quali possa esser parola d'esteriorità, mentre invece solo per le servitù fu riconosciuta e non negli altri dritti reali come non sui dritti di famiglia e di obbligazione (§ 453 segg.). Ma la riconobbero perchè per estrinseche ragioni di pubblica utilità, pari a quelle che persuasero l'usucapione per la proprietà, ammisero un'usucapione per le servitù (§ 417 segg.). E ciò basterebbe anche a spiegare perchè non adoperassero la parola di *uso* ma di *quasi possesso;* appunto perchè era tralatizio che un possesso fosse indispensabile per ogni usucapione, che è un acquisto *per continuationem possessionis, l. 3 de usurp. et usuc.* Oltrechè è da osservare, che quantunque sia verissima la grande affinità fra l'idea di uso e quella di possesso (§ 40), non però sono eguali così che in un'esatta terminologia di vasta importanza non sia meglio adoperarle distintamente. Il possesso porta l'idea di esclusività (§ 39) e non l'uso, onde può dirsi che altri usi delle pubbliche strade, del teatro ecc. ma non che possegga:[1] il possesso dev'essere di sua natura durevole nè è costituito da atti di loro indole isolati (§ 39) e l'uso si concepisce egregiamente anche in questi: il possesso consiste in attività positiva (ibid.) e l'uso può dirsi anche di chi goda senza operare attivamente. Ora anche in quel concetto, cui fu dato dai romani il nome di *j. q. p.*, è necessaria la esclusività (§ 424), nè in atti di lor natura isolati *j. q. p.* si riconosce (§ 465), nè in un godimento per mezzo di mero fatto di inazione (§ 433 seg.).[2]

[1] *Cf. l. 5, § 15, commod.* di cui parleremo a § 159 e 178.

[2] Abbiamo qui segnalata la maggior estensione della parola uso su quella di possesso; viceversa vedremo (§ 41) che talvolta uso si dice in senso così stretto che non ogni possesso v'è compreso.

§ 35.

Cerca Jhering *pag. 111 segg.* appoggiar le sue massime, che è possibile il possesso dove è possibile la proprietà, non possibile quello dove non possibile questa, sulle romane sanzioni quanto al subietto e quanto all'obietto idoneo al possesso; rimarcando che ammesse a possedere sono solamente le persone capaci d'aver dominio, ad esser posssedute sono ricevute solo le cose sulle quali si può aver dominio. — Una buona risposta già trovasi in Randa *pag. 265, n. 1,* che le romane costituzioni su tal proposito possono essere spiegate ottimamente anche prescindendo affatto dai principii di Jhering e che ciò toglie ogni forza al suo argomentare.[1] Aggiungiamo, che anzi non raramente troviamo nel dritto romano riconosciuto un possesso laddove non vi è riconosciuto il dominio. Così nella *superficies* (§ 141); così talvolta nelle cose pubbliche in senso stretto (§ 172). Ed i romani usarono la parola *possessio* rapporto all'*ager occupatorius*,[2] benchè neppure per mezzo di usucapione potesse sul medesimo acquistarsi dominio.[3] Festo *de verb. sign. v. possessiones* « Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat. » Isidor. *Orig. 15, 13, 3.* « Possessiones sunt agri late patentes pubblici privatique quos initio non mancipatione sed quisque uti potuit occupavit atque possedit, unde et nuncupati. » Liv. *2, 41* « agri aliquantum quem publicum possideri a privatis criminabatur » e *61* « possessores publici agri » *3, 1; 4, 36, 51* « desiderium agrariae legis quae possesso per injuriam agro publico patres pellebat » e *53* « si injusti domini possessione agri publici cederent. » Giavoleno *l. 115, de V. S.* « Possessio ab agro juris proprietate

---

[1] Della *l. 44, § 7 in fi. de usurp. et usuc.* di cui Jhering fa special conto, vedi § 251.

[2] Su questo, di che natura sia, vedi § 128.

[3] Così CICERONE *de lege agr. 3, 3;* ed AGGENO URBICO *pag. 82* « jurisperiti negant-illud solum, quod solum populi romani coepit esse, ullo modo usucapi a quopiam mortalium posse. »

distat. Quicquid enim apprehendimus, cujus *proprietas* ad nos non pertinet aut *nec potest pertinere,* hoc *possessionem* appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est. » Come anche del suolo provinciale dice Gaio *II, 7* « in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habemus. »

§ 36.

Allega Jhering anche de' testi speciali. Si vale *pag. 63* della *l. 5, C. h. t.* « Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum: Praeses provinciae inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet; » ove nelle parole « dominii jus » egli intende la protezione del possesso. Viziosa traduzione che non può essere ammessa, come esporremo § 329. — Aggiunge *pag. 64* la *l. 8. de vi,* quasichè dalle parole del giureconsulto « vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi dejectus est » si debba arguire che dunque normalmente gl'interdetti sono fatti pe'padroni. Ma oltrechè quel testo appartiene probabilmente alle usucapioni (giacchè è di Paolo nel *lib. 54, ad Edict.* dove il giureconsulto trattò di usucapioni cf. *inscript. leg. 4, de usurp. et usuc. leg. 2 pro emt.*), è ben strano che un testo, il quale stabilisce che la *vis* ha luogo non solo nel possesso del padrone ma anche in quello del non padrone, venga inteso nel senso che l'analogo interdetto sia fatto per i proprietari. Pur se si voglia riportarlo all'interdetto *unde vi,* quel testo segnala specialmente che esso si dia ai non padroni non già in vista d'una contraria norma negl'interdetti, ma riguardo alle sanzioni in genere del dritto civile, le quali principalmente e largamente sono concesse ai padroni, come quelli che hanno il più grande e ragguardevole dei diritti. — Si vale ancora Jhering *pag. 66, seg.* della *l. 19 pr. de H. P.* ove Paolo dice che nella H. P. vengono « non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet; ut res pignori

datae defuncto, vel commodatae depositaeve. » Sulla quale avverte, che l'erede colla H. P. può domandare non solo le cose di proprietà dell'autore ma anche quelle che il medesimo avea avuto in semplice detenzione. Ne deduce, che dunque la H. P. ha una funzione possessoria, lo che secondo esso non può spiegarsi che col supposto principio del facilitar la prova per la proprietà. Se non che a questo discorrere è tolta la base colla semplice riflessione, che Paolo quelle cose dice comprese nella H. P. non in vista del semplice possesso dell'autore ma dello esser state presso il medesimo oppignorate o comodate o depositate. Non propone adunque la H. P. come un mezzo regolatore di solo possesso, giacchè richiede la esistenza di una relazione giuridica verso la cosa.[1] Paolo non fa che esporre un'applicazione del principio dell'universal successione dell'erede nel luogo del defunto. Del resto il solo vedere, che nel testo si tratta di proteggere il successore d'un semplice creditore pignoratizio, d'un comodatario, d'un depositario, allontanar doveva lo Jhering dall'idea di protezion di dominio. — Finalmente esso crede *pag. 148*, che il suo concetto della esteriorità della proprietà non possa essere meglio esposto in latino di quel che lo è nell'espressioni della *l. 2*, *C. h. t.* ove Alessandro rescrive essere costatato il possesso in Mauro dacchè si proponeva che Mauro stesso *omnia ut dominum gessisse.* Ma in primo luogo quand'anche questo testo mettesse in necessario rapporto proprietà e possesso, pur non parla di questo come di esteriorità d'un esistente diritto, ma come di semplice parvenza e nuda forma o μιμησις della proprietà; sicchè tornerebbe tutt'al più il concetto di Savigny sul possesso, insufficiente per se, come esso Savigny ammette, a dar la ragione degl'interdetti. Ma non è vero affatto, che l'impe-

---

[1] È per questo punto pienamente indifferente, che si ritenga con PUCHTA *Pand. § 516* che l'attore debba provare la esistenza di tal rapporto giuridico, o piuttosto con WINDSCHEID *Pand. § 615, n. 14* che al reo convenuto stia il dimostrarne la inesistenza. Sempre sta, che la discussione del rapporto giuridico è pienamente indotta in giudizio, e ciò è certamente contro il concetto de' rimedi regolatori di solo possesso.

ratore stabilisca alcun rapporto necessario di qualunque natura fra proprietà e possesso. Tien solamente conto dell'avvenimento accaduto nella fatti specie, che cioè Mauro avea operato a guisa di padrone; e quindi ragionevolmente conchiude che dunque egli aveva acquistato *vacuam possessionem*, mentre non v'è dubbio che fra i possessori stia chi sulla cosa opera da padrone. Non stabilisce alcuna teoria generale, nè pretende che possegga solamente chi fa da padrone.

§ 37.

Conchiuderò accennando, che Meischeider *Besitz pagina 51-71, 180 segg.* ha ultimamente riprodotto su più vasta scala il pensiero che gl'interdetti siano necessario complemento della difesa del dritto. Ricorda che il dritto civile protesse anticamente la proprietà solo in alcune forme. Che il precario, e la *possessio* dell'*ager publicus*, come anche a vecchi tempi il pegno, non erano riconosciuti come diritti. Il riempire questa lacuna, che la difesa d'interessi giuridici presentava nell'antico gius civile, dice essere stato lo scopo degl'interdetti. Ricorda, che l'età posteriore diè mezzi petitori a colmare que'vuoti; ma soggiunge che, non ostante, la difesa del possesso rimase tuttora. — Basti il riflettere quanto mai sia incredibile, che le teorie degl'interdetti difensori del possesso siano durate non solo ma con ogni accuratezza esposte e con ogni cura sviluppate allorquando la loro ragion d'esistere avrebbe cessato. Vero egli è che non raramente troviamo, che degli istituti sopravvivano anche dopo finita la ragione della loro introduzione; ma non per durare nella più remota posterità, seppure altre ragioni non sopraggiungano. Senza ragione nulla può avere così lunga esistenza, molto meno sviluppo ed aumento.

§ 38.

Abbiamo veduto quanto varie siano state nello avvicendarsi di tanti secoli le opinioni degli scrittori sulla natura del possesso; e la nostra mente volgesi spontaneamente a riflettere quale di così grande varietà possa essere stata la

causa. Mentre del possesso si può avere una nozione semplice e chiara secondo la natural ragione, perchè mai la medesima è stata tanto spesso abbandonata o non esattamente seguita? Credo per la somma difficoltà di ridurre ad essa o con essa comporre i ben numerosi frammenti del dritto romano, ardui ora per loro stessi ora per inviluppato intrecciarsi a vicenda. Onde per la giusta brama di ridurli ad un sistema, fu nella composizione di questo o derelitta o non ben seguita la razionale nozione, e cercati furono gli elementi in sottili concetti quali escogitar possono ingegni addestrati a' più acuti studi del giure e della filosofia. Ora mio proponimento sarebbe di ben chiarire il concetto del possesso secondo la comune ragione, per poi dimostrare che il dritto romano non lo ha abbandonato. Questa dimostrazione cercherò fare immediatamente dopo esposta quella nozione razionale. Ma la pienezza della medesima non potrà aversi che nello intero sviluppo della teoria romana, contenuto in tutto questo lavoro che offro ai lettori. Se essi avranno la pazienza di accompagnarmi sino alla fine, spero che allora si fisserà in loro quella stessa convinzione che in me da lungo tempo si è formata, profonda e, credo, irremovibile.

§ 39.

Cosa è che intendono gli uomini quando pronunciano la parola del possesso? Le lingue antiche e le moderne esprimono sempre un pensiero; la corporale azione dell'uomo sulla materia con delle qualità che la specificano e la corroborano. I greci all' εχειν (avere, tenere) aggiunsero la preposizione κατα che ingagliardisce il senso della principale parola, e composero il κατεχειν che fu per essi la più antica espressione del possedere. I latini al *sedere* aggiunsero una particella che rafforza, ed ebbero *possidere;* e la loro parola è ripetuta nel *possedere* degl'italiani, nel *posséder* dei francesi, nel *to possess* degl'inglesi,[1] nel *poseer* degli spagnuoli. Con puntuale accordo i tede-

---

[1] Per non trascurare una specialità, che però rientra nell'enunci[...] generale concetto, noterò che gl'inglesi adoprano spesso il *to possess*, col-

schi al *sitzen* aggiungono la particella *be* ed hanno *besitzen*, ed i fiamminghi da *sitten* formano *besitten*. — Infatti la semplice e primitiva nozione secondo la ragione comune è che possesso sia: La fisica detenzione della cosa, per cui l'uomo esercita la sua attività sulla medesima esclusivamente e non momentaneamente. Dissi *fisica;* perchè tutti vediamo nel possesso la corporale relazione prescindendo affatto dalla morale o giuridica, ossia dalla giustizia o ingiustizia dell'atto. Dissi *detenzione della cosa;* perchè non basta qualunque fisica operazione esercitata sulla cosa onde altri secondo la semplicità della ragione la possegga. Nel comune sentimento chi guarda semplicemente un oggetto, o chi col suo corpo getta sopra un oggetto l'ombra, non si dice che possegga. È necessario l'intervento del tatto, che è il senso destinato dal Creatore a porci in immediata relazione colla materia, [2] è necessario il prendere, il tenere. Questo è il più semplice e primitivo concetto del possedere. Aggiunsi *per cui l'uomo esercita la sua attività sulla medesima.* Perchè la detenzione per esser possesso convien che sia atto veramente umano, cioè informato dall'animo; chè possesso non è quando una cosa giaccia meccanicamente in nostra mano senza che noi intendiamo e vogliamo. È poi necessario, che la detenzione sia non solo in qualche modo voluta ma precisamente coordinata al libero positivo agire dell'uomo; perchè non è possesso quando

l'aggiunta della proposizione *of* o *with* riguardo all'oggetto, nel senso di porre alcuno in un possesso, investirlo d'un possesso. Così è usato da SHAKSPEARE « All he dies possessed (of), » da ROBERTSON « An observer possessed of no less impartiality than discernement, » da WALTER SCOTT « She possessed the smugglers with an opinion that etc., » e per omettere altri moltissimi, due volte nell' istessa pag 12 dell' opera *On the study of the words* da FRENCH « association of tribes, which possessed themselves of Gaul.... a person possessed of certain high moral qualities. »

[2] Giudiziosa osservazione di MACHELARD *Theorie generale des interdicts pag. 155.* « Il est certain qu'une relation matérielle s'établit entre le possesseur et ce qu'il possède, que l'exercice de la possession, pour être fructueux, exige que l'homme se soumette à la loi du travail, exige, par conséquent, l'emploi des instruments que la Providence lui a fournis a fin de tirer parti des objects créés, c'est-à-dire l'usage des pieds et des mains. »

altri si trovi legato e costretto a lavorare sul suo fondo, quantunque egli si trovi in contatto, ed anche attuale, col medesimo, e forse preferisca e voglia piuttosto starci sul momento a quel modo che esserne discacciato del tutto. Dissi *esclusivamente*. Imperocchè niuno dice che possediamo l'aria, le vie e piazze pubbliche, che offrono tal copia d'uso da non potervisi concepire ragionevole esclusività. È necessario, che il possessore sia solo nell'esercizio dell'attività relativa al suo possesso. Non già che su tutta la cosa e sotto tutti i rapporti debba essere esclusiva attività per avere un qualche possesso sulla cosa, mentre per ciò basta un'attività sotto certi rapporti e in certa parte. della medesima, come vedremo § 48, 159. Ma allora il possesso esiste solamente sotto tale rapporto ed in tale parte, nè va più oltre. Conchiusi *non momentaneamente*. Poichè pel comun concetto del possesso si richieggono atti aventi per loro natura continuità ossia durevolezza; nè si dice che il nuotatore possiede l'acqua sulla quale ei passa, nè che l'amico possiede l'anello che gli do a guardare od il fondo in cui esso entra per dritto di sua familiarità. Dissi che di loro natura e non che di fatto gli atti costituenti il possesso han da essere durevoli: onde talvolta un vero possesso può esser di fatto brevissimo, come se io occupo una cosa che poi accidentalmente mi venga subito tolta.

§ 40.

Questo senso primitivo della parola *possesso* non è stato abbandonato dai romani. Ed anzi tutto osservo, che come a nuove idee darsi debbono nuove parole, così i romani se altro avessero inteso che non intenda la comune degli uomini, se avessero mirato ad un concetto tutto proprio della loro legislazione, non avrebbero usato quella parola ma una nuova avrebbero introdotta. Così alle tecniche idee della *usucapio*, della *mancipatio*, della *novatio*, dell'*acceptilatio* ecc. furono da essi dati nuovi nomi; e per converso se dissero *pactum*, *dominium*, *donatio* ecc. ciò fu perchè si tenevano alla sostanza del pensiero che gli uomini davano a tali espressioni. Ma

volgiamo l'attenzione alle singole parti della nostra definizione. — Che i Romani ravvisino nel possesso precipuamente un fisico rapporto, è chiaro dall'etimologia che gli assegnano e dal riportarsi che fanno a simiglianti espressioni di altra nazione. « Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus,[1] quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit: quam Graeci κατοχὴν dicunt. » Paol. *l. 1. pr. h. t.* Lo stesso è inculcato da una lunga serie di testi che andrò presentando nello sviluppo del trattato: ricordo per ora Paolo stesso *V. 11, 2* « sufficit ad probationem (traditae possessionis) si rem corporaliter teneam, » riconoscendo così nell'azione materiale il carattere più spiccato del possesso. — Finalmente è chiara prova quell'intima connessione in cui i romani pongono la parola che esprime il material godimento, *usus*, colla parola *possessio*; appunto perchè, come un godimento, si manifesta nella massima parte dei casi l'agir fisico in che consiste il possesso. Non solo troviamo che Paolo *l. 20, pr. de S. P. U.* nella presenza dell'uso vede la presenza del possesso (cf. § 425), ma sovente troviamo detto uso per possesso, o possesso per uso. Uso per possesso si dice nella parola *usucapio* ove il *capere usu* non è che *capere possessione*. E così *per usum acquirere* si dice nella *l. 19 ex quib. caus. major.* di quella usucapione stessa che in Ulp. *XIX, 8* vien detta « adeptio per continuationem possessionis; » ed in Gai. *I, 111* quella impropria usucapione, che per via d'una figura di possesso (cf. § 453) acquistar faceva la *manus* sulla moglie, viene espressa così « Usu in manum conveniebat.... usum cujusque anni interrumperet. » Nè è dissimile il chiamarsi *fructuaria licitatio, fructuaria stipulatio, fructuarium judicium* quegli atti che nel processo dell'*uti possidetis* si riferivano all'attribuzione del possesso durante il processo medesimo (cf. § 662). D'altra parte che possesso si dica per designare uso ossia godimento, che s'abbia di fatto senza dritto di proprietà, fa testimonianza Festo *v. Possessio*: « Possessio est, ut definit Gallus Aelius,

[1] Questa parola è nella fiorentina, e non v'è ragione di leggere piuttosto *pedibus* con altri codici.

usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager, » e Giavoleno *l. 115, de V. S.* (sop. § 35) « Possessio ergo usus, ager proprietas loci est » (cf. § 80).

§ 41.

Avverto però, per amor di esattezza e ad evitare equivoci, che questa unione fra idea di uso e idea di possesso non importa che siano precisamente una cosa stessa, e per una si piglino sempre dal dritto nostro. Vedemmo gia (§ 34), che l'uso talvolta è più ampio del possesso. Talvolta viceversa si prende in senso più stretto così che non si ravvisi esso laddove si ravvisa possesso.[1] Quando cioè gli si dà il suo stretto significato di godimento della cosa a proprio vantaggio e lucro, l'uso non si trova in qualche possesso, come in quello del sequestratario o del creditore sul pegno.[2] Per la qual cosa se il padrone sottragga l'oggetto dato a pegno ovvero tenuto *jure retentionis* (prossimo al pegno *l. 22, de her. vel. act. vend. l. 13 § 8, de act. emti, l. 31, § 8 de aed. ed., l. 5. de dote praeleg., l. 15, § 2, ff. de furt.*); si dice furto non di uso ma di possesso.[3] — Tutto ciò non pregiudica punto alla verità del

---

[1] Altre figurate espressioni della parola *usus* non mancano; le quali dalla nostra discussione sono affatto lontane. Così talvolta si prende per usucapione (§ 552).

[2] Il creditore può far suoi i frutti del pegno (cf. § 359), ma deve imputarli a diminuzione del credito *l. 23, pr. de pignor., l. 5, § 21, ut in possession. leg.; l. 1, 2. 3, C. de pign. act.; l. 11, C. de usur.; l. 2, C. de partu pign.; l. 1, C. de distr. pign.* Onde se un certo vantaggio può ritrarre, non può però ritrarre lucro; e se i frutti faccia suoi *lucri faciendi animo*, commette furto. Così interpreto e concilio coi testi surriferiti la *l. 54, pr. de furt.* e il *§ 6, I. de obl. quae ex del.*, piuttosto che col Windscheid *§ 234 n. 3* fingervi una convenzione espressa o tacita che il creditore non usi del pegno.

[3] Credo che i testi concepiti di tali casi nelle *l. 36, pr. de pign. act l. 15, § 2; l. 19, § 5; l. 53, § 4; l. 59; l. 66, pr. de furt.; § 10, 14, I. de obl. quae ex del.*, siano esempi del *furtum possessionis*, distinto dal *furtum rei* e dal *furtum usus* nella *l. 1, § 3, de furt.* e nel *§ 1, I. de obl. quae ex del.* Furto *rei* è quello che fa ingiusto danno di tutta la cosa, ossia dell'intero suo valore patrimoniale. Furto *usus* consiste nell'ingiusto servirsi

nostro assunto. Sia perchè uso in senso più largo si può dire anche di chi tiène la cosa disponendone per un fine qualunque anche senza lucro proprio anzi neppur vantaggio: cf. *l. 76, pr. de furtis* ove è indicato che un *usus* competa anche al depositario. Sia principalmente perchè noi accenniamo solo ad idee vaste e generiche e non a casi alla spicciolata; ora in verità il caso di gran lunga più solito di chi opera sopra una cosa è quello del trarne vantaggio e lucro per se.

§ 42.

Che poi il fisico rapporto, che i Romani riconoscono come sostanziale al possesso, consista precisamente nella detenzione, ossia nell'esercizio del tatto, lo dimostreremo più largamente quando ci occuperemo delle varie speci di acquisto di possesso per mezzo di tradizione (§ 208). Accenno per ora al-l'*attigerit* in cui Celso *l. 18, § 2, h. t.* fissa la propria presa di possesso, al *comprehendere* all'*apprehendere* delle *l. 7. § 17, de publ. in rem act., l. 1, § 1., l. 23, pr., l. 38, § 2, h. t., l. 7, § 4, pro emt.*, ed al ravvisare che fa Paolo *l. 20, pr. de S. P. U.* un improprio possesso « (quasi facto quodam possideo) » in casi dove mancava il contatto, la detenzione (cf. § 425).

§ 43.

Come vedemmo, che nella comun ragione l'agir fisico per essere adatto a formare possesso convien che sia munito di certe qualità; così anche il diritto romano riconosce che

---

della cosa a proprio vantaggio e lucro senza appropiarsela per intiero l. 16, *de cond. furt.; l. 5, § 8, commod.; l. 40; l. 48, § 4; l. 54, § 1; l. 76,* pr.; l. *82, pr. de furtis; § 6, 7 I. de obl. quae ex del.* Tale è il caso del creditore che fa suoi i frutti del pegno *lucri faciendi animo l. 54, pr. de furt., § 6, I. de obl. quae ex del.* (n. 2). E qui riporterei con UNTERHOLZNER Verj. *Lehre pag. 208* anche il caso delle *l. 15, § 1, l. 20, § 1, de furt.* piuttostochè ravvisarvi con WINDSCHEID *§ 234, n. 10* un furto *possessionis*. Furto *possessionis* avviene quando sia ingiustamente sottratta la cosa a chi ha diritto di ritenerla senza essere proprietario, e senza che gli competa l'uso nel senso stretto suindicato. Qui spettano i testi succitati sul creditore da cui il padrone tolga la cosa oppignorata; e così spiegasi la *l. 1, pr. praesertim, de distr. pign.* (§ 297).

esso solo non basta al concetto del possesso « exhibere est praesentiam corporis praebere (o » materiae ipsius apprehendendae copiam facere » *l. 3. § 8. de tab. exh.)* restituere est *etiam* possessorem facere « *l. 22. de V. S.* — Anche il diritto romano vuole che quell' azione fisica sia informata dalla volontà analoga. Ed appunto perchè la volontà richiesta è precisamente l'analoga, nulla più nulla meno; il diritto romano non richiede pel possesso il famoso *animus domini;* e se l'animo di padroneggiare vi è domandato in quel possesso che è alle usucapioni diretto (§ 53. 493), non n' è stato mai fatto un generale postulato. Il diritto romano vuol solamente l'animo dell'uomo diretto a detenere onde esercitar sulla cosa l'attività propria, vale a dire rivolto alla detenzione qualificata sù cui si forma il possesso; in breve vuole l'*affectio tenendi, l. 1. § 3. h. t.* Per mancanza di tale volontà si trova stabilito, che un furioso o un dormente, a cui venga posto fra le mani un oggetto, non per questo ne acquista il possesso *d. l. 1. § 3.* — Onde risulta esser due gli elementi onde in diritto romano, come secondo la intelligenza comune, si forma il possesso. L'atto corporale della detenzione qualificata come sopra la descrivemmo ed ora ritroveremo in diritto romano; e l'animo corrispondente « Et adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo neque per se corpore » *l. 3. § 1. eod.* « nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest » *l. 8. eod.* E presa la parola *factum* strettamente per l'atto fisico in che si manifesta il possesso, nella *l. 1. § 15. si is qui test. liber* è detto « possessionem.... quae facti et animi est »

§ 44.

Ora vediamo se le leggi nostre riconoscono le altre qualità che nella detenzione ricerca la universale intelligenza onde ne risulti il possesso; che cioè venga coordinata all' esercizio dell' attività; che quest' attività sia esclusivamente sia non momentaneamente esercitata. Certo il diritto romano vuole il libero positivo agire dell'uomo. L'esempio di colui che trovasi legato e costretto a lavorare sul suo fondo, a cu

negammo il possesso, è preso dalla *l. 1. § 47, de vi* « Quid dicturi essemus, tractat (Vivianus), si aliquo possidente ego quoque ingressus sum in possessionem, et non dejiciam possessorem, sed vinctum opus facere cogam: quatenus res, inquit, esset? Ego verius puto, eum quoque dejectum videri qui illic vinctus est ». La disputa non fu certamente se esistesse o no possesso in tale persona; ma se, pur non esistendo possesso, potesse dirsi avvenuta la *dejectio* all' effetto di concedergli l'*unde vi*, cf. *l. 1. pr. de vi* — La esclusività poi è apertamente sanzionata col non essere riconosciuto possesso sulle cose che sono *naturali jure omnium communes* cf. *l. 14. de injur.* (add. § 171.), e sulle cose che *in usu publico habentur*, cf. *l. 2. § 2. ne quid in loco publ.* (add. § 172.); nonchè colla proclamata regola « plures eamdem rem in solidum possidere non possunt » (§ 152). — Finalmente che l' agire debba essere non momentaneo di sua natura, trovasi riconosciuto nella esclusione del possesso in coloro che sono ammessi da un amico nel fondo *jure familiaritatis l. 41. h. t.* « Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere: quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit. »[1] Per l' istessa ragione può avvenire, che alcuno cacci colla forza un altro dal fondo ma senza *apprehendere possessionem;* quando cioè, cacciato che lo abbia, se ne vada immediatamente per lasciar vacuo il possesso, *l. 4. § 22. de usurp. et usuc.*

§ 45.

È dunque provato che il diritto romano non abbandonò il semplice primitivo concetto del possesso, quale tutti gli uomini se lo formano. Però conviene osservare diligentemente, che su quel concetto gli autori del diritto lavorarono in più guise. Ne ampliarono i confini; lo resero fecondo di effetti giuridici e munito di giuridica protezione, mentre nella sua natura di materiale azione non avrebbe da per se po-

[1] Dell' uso *jure familiaritatis* parlerò più largamente § 465. seg.

tuto produr quelli, nè questa meritare.[1] Ma e nell' una operazione e nell' altra riguardarono come tipo e modello il possesso nel suo essere genuino, inculcarono costantemente quale fosse la sua schietta natura, marcarono ed attribuirono espressamente al proprio lavoro quanto aggiungevano ad essa. Questa importante verità, che in genere è dimostrata da quanto dicemmo sul diritto romano confrontato colla definizione primitiva del possesso, e che troveremo regnare in tutto lo svolgersi del trattato, deve essere fin da questo primo capo sviluppata nelle sue culminanti applicazioni. Così essa ci sarà insieme scorta fedele per sciogliere l' altro problema proposto in questo stesso capo, segnar bene la ragione dell' efficacia e della protezione accordata al possesso.

§ 46.

Dissi in primo luogo che il dritto positivo ampliò i confini del primigenio possesso, cosicchè talvolta avviene che

---

[1] Fra le operazioni fatte dal dritto positivo sul possesso non novero quella di averne talvolta ristretto il primitivo concetto. In verità il dritto positivo non curò mai di negare direttamente ed assolutamente l' esistenza del possesso laddove essa si rinvenga secondo la semplicità del concetto primigenio; contentandosi, laddove lo credette opportuno, di rifiutare in certi casi i suoi effetti civili. Ed in questo senso è da intendere quel che talvolta leggiamo nel testo, che cioè altri non possegga secondo il dritto civile. Così per esempio quando non riconobbe il possesso ne' servi, altro non intese che negare al possesso de' medesimi la usucapione e gl' interdetti (§ 109). Nè si opponga, che quanto all' obietto talvolta il dritto civile indusse a dirittura negazione d'ogni possesso, come per le cose *divini juris* (§ 170). Imperocchè in ciò fare esso non operò restrittivamente su concetto stesso del possesso; ma colla dichiarazione assoluta, che quell non sono cose quanto all' umano commercio, le tolse al possesso pur con cepito nella semplicità dei suoi estremi nativi, fra i quali è certo che deb ba esservi una cosa sottoposta al potere umano. Così anche nel negar affatto il possesso a tutti quelli che prestano ministero a possesso altru in quanto tali (§ 48), il civil diritto non fece che marcare e distinguer accuratamente come ed in quanto coloro possedessero non per loro inte resse, ma per interesse altrui; e così il negar loro il possesso sotto quest rapporto discendeva dallo stesso concetto naturale del possesso, che impor un' attività esercitata per alcun proprio interesse (d. § 48.).

possesso si ammetta laddove, riguardata quella semplicità, non esisterebbe. Ragioni, per cui simili ampliamenti furono fatti, sono molte e forti. La presa di possesso entrava come necessaria condizione in molti istituti di dritto, de' quali per le umane necessità conveniva render facile la composizione. Dello stesso acquisto del dominio era l'acquisto del possesso ben spesso indivisibile compagno. Ecco un potente motivo a renderne agevole la esistenza. Inoltre se possesso fosse stato rigorosamente escluso dovunque non concorressero tutti i precisi elementi originari, spesso vacanze di possesso sarebbero avvenute; lo che come contrario alla natural destinazione delle cose materiali, e d'altra parte come cagione di pericolosi concorsi e di facili collisioni, è dalla sapienza delle leggi nostre mal sopportato, cf. *l. 1. § 4, e § 20, h. t.* Finalmente aveva il diritto civile dato al possesso l'effetto della usucapione e degl' interdetti, come in seguito esporremo. Quanto alla prima, essa, come potente rimedio contro le liti, meritò favore; e così anche sotto questo punto di vista era da render più facile il riconoscimento del possesso medesimo. Quanto ai secondi, essi si danno a coloro ai quali interessa che sia mantenuto o restituito uno stato di fatto (§ 65); ora, stando alla stretta primitiva definizione del possesso, spesso avrebbero dovuto negarsi a coloro ne' quali quell'interesse precipuamente si ritrova — Di queste estensioni abbiamo parecchie nel diritto nostro: parliamo qui di due capitali, che d' altronde troppo spesso ci si presentano per poterne differire a lungo l'esame.

§ 47.

Una è che il dritto civile riconosce possesso per sola detenzione abituale. Non potendo l'uomo porsi in presente contatto che con pochissime cose, così per dare alla parola possesso una conveniente applicazione è stato ricevuto negli usi pratici, che si dica conservare il possesso anche colui, che non più abbia in presenza la cosa ma se ne sia allontanato coll'animo di tornarvi. Pure i romani questa che sem-

bra facile estensione del possesso, nè accettarono senza dispute, nè adottarono senza richiedere condizioni di fatto che supplir potessero il nativo requisito dell'azione corporale; e ben segnalarono con apposite espressioni tale deviamento dalla nozione primitiva. Quando tratteremo della ritenzione del possesso, vedremo quali siano i requisiti voluti in supplemento: ora notiamo da Gajo (*IV*, *153*), che le dispute ancora alla sua età non eran finite (« plerique putant etc. »). Notiamo altresì (*ib.*) quel « retinere posse *videamur* » che indica il lavoro estensivo. Notiamo finalmente (*ib.*) le apposite espressioni di possesso ritenuto *animo* o *animo solo*: espressioni, che, coll'equivalente *nudo animo*, si trovano in molti altri testi, *l. 3*, *§ 7. 11*, *l. 25. § 2*, *l. 27*, *l. 44. § 2*, *l. 46. h. t.*, *l. 4. C. eod.*, *§ 5. 1. de interd.*, Paul. *V. 2. 1.* [1]

§ 48.

L' altra estensione su cui richiamiamo fin da ora l' attenzione del lettore è quella, che si possa possedere per mezzo altrui (*per alium*). È nel possesso compresa l'idea dell' esercizio dell' umana attività: ora l' uomo non esercita attività senza una ragione che lo riguardi. In chi si è costituito in un possesso si trova sempre che esso tiene la cosa ed opera sulla medesima per un suo interesse (*suo nomine*). Tale interesse è quasi sempre una propria utilità, un proprio godimento: è talvolta lo adempimento d'un proprio ufficio, a cui si è legati con una qualche responsabilità. Poichè è del cittadino vero interesse il compire il dover suo, per cui egli sia in qualche modo responsabile; come e per ragione è chiaro ed è dalle leggi riconosciuto. [1] Ed è per questo che non ho accettato la definizione dell'animo del possessore come *animus sibi habendi*. Questa espressione, che da alcuni (come da Windscheid *§ 148. no. 2*, e da Maynz *§ 167*) viene presa promiscuamente all' altra *animus domini*, è da altri in

[1] Sono da notarsi le analoghe espressioni della *l. 10. C. h. t.* (§ 76).

[1] Il mio libro *de obligationib. pag. 139. n. c.*

tesa più largamente per tenere nel proprio interesse, a proprio conto ecc. (§ 24). Ma se nel primo senso stretto non rende giusto pensiero, come provammo disputando contro Savigny, in senso largo sarebbe almeno superflua nella definizione del primitivo e semplice concetto del possesso: appunto perchè, detto che si esercita un' attività sulla cosa, è detto ancora che si esercita per un proprio interesse siccome or ora provammo.[1] Il dritto civile su questa giusta osservazione, che possesso non è se non in quanto v' è un interesse del possessore, fece un importante lavoro. Poichè quando mai accade che l' attività spiegata nel possedere si presenta in pratica come un adempimento di dovere? Quando chi la esercita riconosce che un' altra persona ha ancora un interesse sulla cosa, ed egli agisce sulla cosa stessa in conformità di tale altrui interesse in forza d' un' obbligazione, che sente di avere verso la persona medesima. Prendiamo l' esempio del colono. Esso agisce per la propria utilità in quantochè agendo coltiva e percepisce per se i frutti. Ma accanto all' operare per la coltura e la percezione de' frutti, anzi mista pure e confusa in tutti gli atti a queste relativi, c'è anche l'azione del mantenere e conservare la cosa. Questo per se è principale interesse del locatore padrone in vista non solo della pensione che dalla esistente cosa ritrae, ma della futura restituzione. Il conduttore nello spiegar l' azione conservatrice riconosce tal interesse del locatore, ed il proprio dovere che di curarlo gl' incombe pel contratto di locazione. Nel depositario, nel procuratore tale operare come dovere si presenta in più larghe proporzioni; giacchè abbraccia tutta intera la sua azione anche come lavoro per la coltura e percezione de' frutti, che spettano di dritto al deponente, al mandante. Pertanto in quanto l'uomo che stà in possesso agisce più o men pie-

---

[1] Anche nel definire l' animo necessario alla *juris quasi poss.* escluderemo questa stessa espressione (§ 471). È da rimarcarsi che in questo articolo anche WINDSCHEID prescinde dal significato del *sibi habendi* (« für sich zu haben ») per *animus domini*, e lo traduce per animo di esercitare una servitù.

namente nel riconosciuto vantaggio d'un' altra persona, tale suo agire soddisfa insieme a due interessi, fa, diremmo comunemente, l'interesse di due. Soddisfa all'interesse che ha quest'altra persona col vantaggio che per se stesso le arreca quell'operare: soddisfa all'interesse dello stesso agente in quanto che egli adempiendo un suo debito si esonera dalla responsabilità relativa. A questi dati razionali il dritto nostro ha dato un fino sviluppo, che ritroveremo costantemente nel nostro trattato. Posta appunto la ipotesi, che chi stà sulla cosa eserciti l'attività per altrui sicuro presente vantaggio, considerò che senza un interesse del possessore non v'è possesso, e conchiuse con questi due pensieri: Sotto l'aspetto del proprio interesse nel compimento del dovere, non si può negare che il possesso co' suoi elementi costituitivi si trovi in chi esercita: sotto l'aspetto dell'interesse dell'altro nel vantaggio a lui recato, il possesso non è di quello ma è piuttosto di questo.[1]

§ 49.

Questa seconda proposizione, dove si trova precisamente quella estensione del primitivo concetto del possesso, di cui ora ci occupiamo, è chiaramente provata dai testi. Infatti

---

[1] Dallo ammettere questo doppio possesso non mi rimuove la regola che due non possano possedere in solido una cosa. Non può dirsi che nel caso nostro due possedano in solido siccome s'intende in questa regola. Dacchè nell'agire di chi stà sulla cosa si basano i due possessi sotto diversi rapporti, speciali, siccome esponemmo, di loro natura e reciprocamente circoscritti; lo che esclude l'idea della solidarietà secondo la regola suddetta. Prendiamo il caso più complicato del colono. Se si contempla il suo agire solo come diretto all'interesse ch'egli ha di percepire i frutti e di conservar la cosa al padrone secondo il suo dovere e la sua responsabilità, egli opera nell'interesse proprio, *suo nomine*, il possesso è suo; ed in questo senso stesso il proprietario non possiede. Se si guarda invece il suo operare solamente in quanto è vantaggioso al padrone, poichè conserva di fatto la cosa di lui, il possesso si ravvisa nel padrone; ed in questo senso non possiede il colono. Sono due punti di vista speciali e limitati, sotto cui si formano due possessi, i quali perciò risultano essi stessi analogamente speciali e limitati, non solidali. Agg. su questo articolo § 159. n. 1.

quanto a colui che esercita la sua attività sulla cosa, che ei non possegga veramente nell' aspetto divisato, lo costata Gaio *IV*, *153* (passo ripetuto da Giustiniano *§ 5 I. de interdict.)*, ove si nega che possegga in nome proprio, e si riconosce in esso solamente una esteriore parvenza, una figura di possesso senza realtà del medesimo. Dice Gaio « Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si *nostro nomine* aliquis *in possessione sit*, [1] licet is nostro juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus.... et hoc est quod vulgo dicitur, retineri possessionem per quemlibet, qui *nostro nomine sit in possessione.* » Lo ripete Gaio stesso *l. 9. h. t.* « Generaliter quisquis omnino *nostro nomine sit in possessione*, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. » Concorda Ulpiano *l. 1*, *§ 22 de vi* « Quod servus, vel procurator, vel colonus *tenent* (mera detenzione, non possesso), dominus videtur possidere. [2] E largamente Celso *l. 18*, *pr. h. t.* » Quod meo nomine possideo possum *alieno nomine* possidere (possesso, per mera parvenza di possesso; come altrove § 170): nec enim muto mihi causam possessionis, sed *desino possidere*, et alium possessorem ministerio meo facio: *nec idem est possidere et alieno nomine possidere.* [3] » Quanto poi all' altro, a prò del quale è rivolta l' azione di chi sta nel possesso, che egli per opera del diritto civile sembri possedere, è ne' testi medesimi ripetuto. Il possesso suo si costruisce co' due soliti elementi nativi dell' animo e del corpo che nep-

[1] È noto che così si esprime l'apparenza nuda di possesso, cf. § 102.

[2] Vedi anche *l. 7 § 2 vers. Ex quo autem, C. de praescript. XXX vel XL ann.*, esposta a § 119.

[3] Quando tratteremo nel secondo capo de'vari casi più rimarchevoli di possessori, troveremo che nel creditore sul pegno, nel sequestratario, nel colono ancora ed in simili persone, testi chiari riconoscono un possesso vero, benchè sotto il rapporto sopra esposto tengano a nome altrui. Questi testi sono da riferirsi alla prima delle due sopra espresse proposizioni; e per alcuni, come pel creditore e pel colono, sono da intendersi anche in vista che il loro agire mira pure al proprio comodo. Ho creduto avvertir ciò fin d'ora, salvo ad esporlo in detto secondo capo largamente. — Del resto tutto ciò che diciamo sulla presente estensione del nativo concetto del possesso, sarà in quell'istesso capo largamente applicato e confermato.

pur qui vengono trascurati: quanto al primo coll'animo suo proprio, cioè colla volontà di possedere che in esso stesso si ritrova; quanto al secondo col corpo di colui che stà nel possesso, e dicesi *per alium corpore possidere l. 3, § 8, h. t.* Nell'opera di chi stà nel possesso ravvisa il dritto civile, quanto al rapporto che ora esaminiamo, una prestazione di ministero all'altrui possesso « alienae possessioni praestat *ministerium* » *d. l. 18, pr. h. t.*

§ 50.

La estensione della nozione del possesso, della quale ora parliamo, benchè si svolga su acute considerazioni, pure fu accettata da tutta la giurisprudenza prima dell'altra di cui parlammo § 47, benchè questa apparisca più semplice; come risulta dal contesto di Gaio *IV, 153.* Nella esposizione stessa che abbiamo fatto sta la ragione: ed è perchè l'elemento del contatto, che è nella primitiva idea del possesso, manca più in questa *(animo nudo possidere)* che in quella *(per alium corpore possidere).* Nuova prova, che il dritto positivo nel lavorare estensivamente sul possesso non perdeva mai d'occhio quel tipo originario. Pur non ostante anche della estensione, di cui abbiamo trattato adesso, gli autori del dritto parlano come di cosa che neppur essa è secondo la semplicità primitiva. Ora le espressioni *corporalis possessio, corporaliter possidere,* riservano al possesso ritenuto col corpo proprio *l. 40, § 2, de pignor. act. l. 15, § 4 de precar.* [1] Ora dicono « ipsi possidemus » esclusivamente pel possesso medesimo ritenuto col corpo proprio Gai. *IV, 153, § 5 I, de interd.* Ora anche dicono « non possidebat » di chi possedeva per mezzo d'un'altra persona *l. 19, § 6, de furtis* (§ 122). So-

---

[1] È da rimarcare come in questo secondo frammento, mentre il *possederat corpore* si dice di colui che teneva la cosa anche riconoscendo un interesse d'un altro e prestando pur ministero al possesso di esso, non si dice di quest'altro in antitesi che *possideat animo;* perchè tal dizione era riservata per l'altra estensione di cui sopra d. § 47: ma si sceglie la circonlocuzione « non discesserit animo possessione » (add. § 130.)

vente poi adoperano pel possesso così ritenuto le parole *videri*, Gai. *d. loc.* e *l. 9. h. t. d.* § *5. I. de interd. l. 1.* § *22*, *de vi*, *credi l. 24. h. t.*, *intelligi l. 36*, *h. t.*, tutte denotanti che non si era nel semplice concetto riconosciuto del possesso, ma in un campo ove la giurisprudenza avea su quello lavorato.

§ 51.

Ora passiamo al secondo punto del lavoro delle leggi nostre in materia di possesso, in quanto che hanno riconosciuto in esso degli effetti giuridici. Questi effetti si riducono a due come proveremo nel cap. 7°, l'usucapione, e gl'interdetti i quali nello stesso tempo sono del possesso protezione e difesa. — Poichè il possesso è secondo la sua natura da noi descritta un mero avvenimento, un nudo atto di corpo e di animo, privo in se stesso d'ogni carattere generatore di dritto; non si comprende facilmente come produca il dritto di usucapire e di esperimentar gl'interdetti in colui che lo esercita. Dappoichè un avvenimento, un agire sopra una cosa mero e semplice di sua natura, capriccioso com'è ed arbitrario, sembra che non possa dirsi causa di dritto d'acquisto, nè di dritto di difesa. Chè se ad ogni dritto, che esista in un uomo, corrisponde l'obbligo di rispetto negli altri, non si comprende come un uomo col suo mero agire possa metter gli altri in quella posizione d'inferiorità, in che si trova chiunque ha un dovere dirimpetto a quello verso cui il dovere si ha da compiere. È adunque da credere, che il dritto romano nel dare usucapione ed interdetti al possesso ne abbia abbandonato il concetto schietto, ed abbia scorto in esso stesso un principio atto a produrre diritti, principio che secondo quel concetto gli mancava di certo? La risposta generale a questa difficoltà è che veramente questi effetti il possesso non li genera in dritto romano per riconosciuta virtù sua propria ed intrinseca, ma per esterne considerazioni ad esso relative, ed analoga operazione diretta del dritto stesso, il quale d'altronde ha questa verità espressamente segnalato.

§ 52.

Infatti quanto all' usucapione, essa non è generata dal possesso per se; ma la legge la unisce al possesso per ragione del pubblico bene, che col possesso stesso è impegnata: « ne dominia in incerto essent » cioè onde coloro che lungamente han posseduto non restino tuttora incerti del loro stato, lo che e li renderebbe disanimati nel ben amministrare e sarebbe fomite di liti infinite, *l. 1. de usurp. et usuc.*, *l. 5, pr. pro suo*, *pr. I. de usuc.*, Gai. *II*, *44.* [1] Ottimamente si esprime in proposito Cicerone *pro Caecina 26*, *74.* « Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est *finis sollicitudinis ac periculi litium,* non a patre relinquitur sed *a legibus.* » È bensì l' usucapione effetto del possesso in quanto chè il conservar lo stato da esso creato fu il principal pensiero che nello introdurla ebbero gli autori delle leggi; però non è effetto che il possesso generi da se e per sua virtù, ma per l' apposizione che glie ne fanno le leggi ad intuito de' suoi rapporti esterni. Ambedue queste cose, e che l' usucapione sia effetto del possesso e che direttamente emani dalla legge, si trovano nella definizione che della medesima dà Modestino *l. 3*, *de usurp. et usucap.* Ulpiano *XIX*, *8* l' aveva definita « dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. » [2] Modestino in luogo di *adeptio* dice *adjectio* « adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti » : colle riportate parole « per continuationem possessionis » riconosce che l'usucapione è effetto del possesso, [3] e coll'altra « adjectio » indica l'operazione della legge. Perchè mentre la parola « adeptio » si riferisce all'uomo che acquista, l'altra « adjectio » significa la forza della legge che appone ed aggiunge *ipso jure.* [4]

---

[1] Tutto ciò sarà meglio esposto nel trattato delle usucapioni § 485 seg.

[2] La definizione d'Ulpiano è adottata da Boezio *in Cicer. top. 2, 4, 23.* e sulle tracce di Boezio da Isidoro *Orig. 25 30.*

[3] Corrisponde il « possidendo usucapias » di Gajo *II. 41.*, e la sentenza de' Basilici *L. 3. 3.* Heimb. *V. 55.* « Ἡ χρονία χρῆσις δεσποτείαν περιποιεῖ διὰ συναπτῆς νομῆς ἐν ὡρισμένῳ καιρῷ. »

[4] Così scrive ancora Ulrico Hubero *II, 147 a. fin.*

§ 53.

Non finirò questi cenni sulla usucapione prima di dichiarare come in essa si trovi il possesso in relazione col dominio. Se nel possesso abbiamo ricusato di scorgere con Ihering l'esercizio del dominio, o con Savigny una posizione di fatto corrispondente al dominio come posizione di dritto, come mai esso può esser messo all'acquisto del dominio benchè non per sua forza sola ma per via di legge? Giacchè sembra che la legge non potesse scegliere un mezzo, una causa, che non fosse in alcuna analogia col fine, coll'effetto. — Negammo a Ihering che il possesso consista nell'esercizio o esteriorità del dominio perchè quello è indipendente affatto dalla esistenza di questo, trovandosi p. e. in chi non è padrone ma fa da padrone ed anche in chi neppure fa da padrone come nel creditore sul pegno, nel sequestratario ecc.; ora non può dirsi esteriorità di dominio laddove non è dominio, mentre ciò che non è non ha vera esteriorità. E qui a proposito delle usucapioni aggiungiamo, che se il possesso è mezzo per acquistare il dominio futuro, non si comprende come possa dirsi esteriorità d'un dominio esistente. Negammo a Savigny, che il possesso sia sostanzialmente posizione di fatto la quale corrisponda alla proprietà come posizione di dritto, perchè il possesso è posizione avente forma d'esercizio non del dominio solo ma anche di altri diritti. Però è verissimo che il possesso ha sempre una forma o figura d'esercizio d'un dritto (§ 23); e così può talvolta avere accidentalmente fisionomia eguale a quella dell'esercizio del dritto di dominio nella persona del possessore. Se alcuno o padrone o non padrone possedendo agisce come chi esercita il dominio, v'è fra questo possesso e il dominio un rapporto, un'analogia. Se ciò ha luogo in chi è veramente padrone, il possesso è in rapporto col vero dominio in quantochè si confonde coll'esercizio del medesimo. Se ha luogo in chi non è padrone, v'è tuttora nel possesso analogia colla figura esterna del dominio: e così fu adatto a divenire, per

le dette considerazioni e l'opera della legge, esercizio di vero dominio coll'aggiunta della usucapione. Quindi si spiega perchè nell'usucattore sia necessario l'animo di dominare, che vedemmo non necessario nel concetto generale del possesso; cioè che possedendo egli faccia da padrone come cogli atti fisici così coll'animo che deve sempre a questi corrispondere. Insomma la osservazione del rapporto fra possesso ed esercizio di dritto che non è falsa mai ma nella definizione è inopportuna (d. § 23), è ben necessaria per ispiegare l'attitudine del possesso a generare l'usucapione.

§ 54.

Ci resta a ricercare la spiegazione della teoria di quegli interdetti che difendono il possesso. In cosa rilevantissima, che tanto discussa vedemmo anzi da recentissimi scrittori tenuta per disperata, cerchiamo di usare la dovuta esattezza e larghezza di esposizione. Nella gran lista degl'interdetti parecchi sono affatto estranei alla teoria del possesso, perchè o non lo riguardano affatto, o difendendo direttamente e pienamente un dritto propriamente detto inducono il possesso solo come conseguenza del riconoscimento di quello; siccome ampiamente dimostreremo nella parte 2ª trattando degl'interdetti. Altri però, che riguardano direttamente il solo possesso, appartengono alla teoria del medesimo. Qual'è la ragione per cui tali interdetti esistono? Su quali basi furono essi introdotti e poscia si svilupparono? Ecco la mia opinione, checchè essa possa valere. Spesso si davano circostanze, nelle quali si giudicò necessario che ad un cittadino dirimpetto ad un altro fosse attribuito per mezzo degl'interdetti il solo possesso, salva restando fra loro la questione sul dritto propriamente detto; vale a dire senza che il primo avesse provato di aver un dritto rapporto alla cosa, o per lo meno senza che avesse provato di aver un dritto riconosciuto dalle rigorose leggi civili. In modo che, dato pure il possesso al primo, era l'avversario in facoltà di perseguitarlo colle azioni petitorie senza tema d'eccezione di regiudicata

Esempio famoso nella pendenza della lite sulla proprietà di una cosa, ossia della R. V.: mentre in questo stato di cose si sentì il bisogno, che prima della decisione sul dritto di proprietà, e indipendentemente da essa, fosse fra i due litiganti creato un temporaneo possessore da durare fino alla decisione medesima. — Nello stabilire quale precisamente esser dovesse la persona da sciegliersi in tale attribuzione di possesso, diversi caratteri furono seguiti. Imperocchè talvolta le istesse circostanze, che persuadevano l'interdetto, importavano per necessità logica la determinazione di questa persona. Voleva il pretore difendere con un interdetto il suo *bonorum possessor*; era evidente che ad esso dovesse darsi il *quorum bonorum*. Si desiderava tutelare il *bonorum emtor*; ad esso era a darsi l'*interdictum possessorium*. [1] Si volle proibire ai legatari di occupare i legati senza aspettarne dall'erede la consegna; era naturale che all'erede si desse il *quod legatorum*. Nel pubblico interesse si volle perseguitato con un interdetto chi spogliasse altrui d'un possesso a mano armata; l'interdetto *de vi armata* era a darsi allo spogliato. Volevasi punire colla traslazione del possesso un reo convenuto che ne' petitori giudizi della R. V. e della H. P. non volesse intraprendere la difesa; non altri che l'attore aver poteva il *quem fundum* ed il *quam hereditatem*.

---

[1] Non aggiungo l'esempio della difesa prestata a colui che godesse dell'*ager publicus*; quantunque NIEBUHR *Röm. Geschichte II. pag. 161 seg. 170 seg.* e dopo lui SAVIGNY *pag. 173 seg.* credano che quella si facesse per mezzo d'interdetti, anzi che in essa stia l'origine storica di essi. Che interdetti difendessero colui che godeva dell'*ager publicus* non è che congetturale; ed in questo punto delicatissimo non voglio valermi di congetture pericolose per voglia di aggiungere un altro esempio ad una tesi che già da tanti altri è dimostrata. Che poi quella fosse anche l'origine storica della teoria degl'interdetti, è molto men provato. Agg. su quest'ultimo punto § 661. Chi desideri una piena confutazione di questa congettura sull'origine storica degli interdetti, può trovarla in PUCHTA *Inst. II, § 227 pag. 549-551*, e in DUBOI *Archiv. f. civil. Prax. tom. VI.*

§ 55.

Ma altre volte mancava questa guida sicura, e conveniva ricorrere ad altre considerazioni per la scelta della persona cui attribuire il possesso. Ciò accadeva appunto nel sopra allegato famigerato caso del possesso da attribuirsi pendente la R. V., dove il sentito bisogno di attribuirlo ad uno dei litiganti non determinava per se stesso a quale de' due avesse a darsi. E quali esser potevano le considerazioni su cui un de' due fosse preferito? Non certo considerazioni di vero dritto che ad alcuno de' due competesse; giacchè lo entrare in tale ispezione è contrario alla ipotesi stessa di cui trattiamo, qual'è che s'abbia a decidere del possesso indipendentemente dalla indagine sul dritto. Che rimaneva adunque a considerare? Per quanto si pensi, non si può trovar altro che questo: Doveasi tener conto di mere ragioni di discrezione e di convenienza. Ma ben era conveniente al sommo, che, precisamente per quella indecisa posizione di dritto, s'avessero a lasciar le cose come stavano, s'avesse a lasciare in possesso chi avea fino ad allora posseduto. Onde è del tutto credibile che fin da quando il possesso durante la lite di proprietà veniva dato dal pretore per mezzo delle *vindiciae*, esso nel darle preferisse chi era stato fino a quel tempo in possesso (cf. § 689). Quando poi all'uso delle *vindiciae* succedette per lo stesso scopo l'uso degl'interdetti *uti possidetis* ed *utrubi* (cf. § 665), anche in essi, interdetti *retinendae possessionis*, fu prescelto l'attual possessore. Ed è rimarchevole, che fra gl'interdetti difensori del possesso, dell'*uti possidetis* appunto o dell'*utrubi* abbiamo le più antiche testimonianze, poichè dell'*utrubi* fa menzione Plauto *Stichus 5. 4.* nel principio della seconda metà del secolo VI ab U. C. (§ 663).

§ 56.

Nel precedente paragrafo abbiamo trovato il possessore protetto da interdetti per la suesposta ragione di forte con-

venienza, accettata in epoca assai antica nell'occasione di un bisogno precedentemente sentito, vale a dire quando pur conveniva attribuire ad uno dei due litiganti il possesso durante la lite della proprietà. Ma se lo spirito pratico degli autori del dritto romano era sempre inclinato a dar peso a ragioni di discrezione [1]; ben molto lo era quanto a quella di cui parliamo, sia perchè di sua natura assai forte, sia perchè consolidata dall'uso che ab antico se ne faceva secondochè abbiamo esposto. Onde avvenne, che facilmente fu dato peso ed efficacia alla medesima anche senza che fosse posta in moto da altro bisogno sentito in precedenza; fu ricevuto in generale, che chi possiede debba esser lasciato al possesso finchè dritto contro di lui non venga giustamente provato; ed anche non aspettando speciali occasioni fu il medesimo difeso cogl'interdetti. Il possesso cominciò ad esser difeso in massima. Così l'*uti possidetis* e l'*utrubi*, interdetti *retinendae*, cominciarono ad esser dati al possessore anche senza alcuna pendenza di lite sulla proprietà, ma o per decidere una controversia sul possesso fuori di tale occasione o semplicemente per garantirlo da vie di fatto (§ 672 segg.). Anzi interdetti furono dati dal pretore non solo a difesa d'un possesso, che tuttora durasse presentemente, ma anche d'un possesso preesistente ed ora spento per opera altrui (l'interdetto *de vi* semplice, *recuperandae possessionis*): data al possesso colla potestà dell'editto una specie di postumo valore. E sì per gli uni che per gli altri fu stabilito dal dritto positivo, che colui, il quale trascurate le vie giudiziarie prendesse ad attaccare per via di fatto il possesso altrui, neppur potesse nel processo dell'interdetto, contro esso impetrato, valersi della eccezione del proprio diritto, del proprio dominio. Così che chi non cominci dalle vie giuridiche ma da quelle di fatto non abbia facoltà di rientrare in via giuridica nella sede dell'interdetto, e debba nel medesimo riescir perditore.

[1] Cf. Il mio lavoro *De obligation. pag. 257.*

§ 57.

Non tutti gl'interdetti che regolano il possesso, de' quali abbiamo parlato dal § 54 al 56, possono dirsi effetti e difese del possesso. Dappoichè effetto del possesso può dirsi strettamente parlando solo ciò che ebbe origine dalla principal considerazione di esso (§ 337). Certo non sono tali quelli che appartengono assolutamente alla classe *adipiscendae possessionis (quorum bonorum, possessorium, quod legatorum),* che neppure il possesso presuppongono nel postulante; ora è assurdo che effetto si dica laddove non preesista la causa, o difesa dove non esista quel che si ha da difendere. Essi sono effetti di altre cagioni che nulla han che fare col possesso; della *bonorum possessio* concessa all'impetrante, della *bonorum emtio* fatta dal medesimo, del non dover le cose legate partire dall'erede prima che ei potesse farvi sopra le operazioni relative alla legge falcidia. — Nè sono effetti del possesso gl'interdetti *quem fundum* e *quam hereditatem*, i quali possono prodursi e come *adipiscendae* e come *recuperandae possessionis,* Ulp. *fragm. vindob. IV, 1;* mentre, come meglio esporremo a suo luogo (§ 746 seg.), essi hanno per ragione motrice quella di provvedere ad un bisogno processuale. Ed anche l'interdetto *de vi armata*, che è *recuperandae possessionis*, non è assolutamente effetto o difesa del possesso, perchè ha per movente principale la tutela dell'ordine pubblico come compromesso dall'uso delle armi (§ 112). Neppure dell'*uti possidetis* e dell'*utrubi* nel loro uso più antico può dirsi, parlando con esattezza, che siano assolutamente effetti e difese del possesso, perchè anche essi furono a quell'uso introdotti per la ragione del provvedere ad un processuale bisogno. — Effetti e difese del possesso propriamente sono soltanto quegl'interdetti che spettano direttamente al solo possesso come scopo, ed insieme hanno nel possesso ossia ne' suoi rapporti la principal causa della origine loro. E tali sono solamente quelli de' quali tenni in genere parola e addussi i più spiccati esempi al § 56; perchè introdotti appunto sulla princi-

pale considerazione di attuale o preesistente possesso, come rappresentanti di protezione accordata in massima al possesso. In ispecie sono tali: fra i *retinendae possessionis* l'*uti possidetis* e l'*utrubi* nelle loro applicazioni posteriori alle quali in detto paragr. accennai, e ad essi può aggiungersi il *de superficiebus*, e per la *juris quasi possessio* il *de itinere utendo*, i due *de aqua (quotidiana* ed *aestiva)*, il *de rivis*, i due *de fonte*, il *de cloacis*. Fra i *recuperandae possessionis* il *de vi* semplice, come meglio apparirà quando di questi interdetti tratteremo in specie nella parte seconda.

§ 58.

Dalle cose esposte apparisce, che esistono realmente interdetti effetti del possesso e sua difesa. Ma che non sono tali riguardato il possesso per se e per virtù semplice del medesimo, privo com'è di vero elemento atto a generare diritti. L'efficacia, che il possesso per se solo non avrebbe, l'ha avuta dall'opera animatrice del pretore. Il pretore diè peso ad una ragione di convenienza relativa al possesso; qual si è che non debbasi, a dritto non provato, cangiare uno stato di fatto. La qual ragione accolta per lo innanzi nella necessità di provvedere al possesso durante il processo sulla proprietà, incominciò allora pel merito della sua gravità e della diuturna osservanza ad avere un indipendente ed ampio sviluppo. Questa, secondo la mia opinione, è la origine razionale e storica della difesa accordata al possesso. E così credo doversi interpretare quella sentenza di Paolo pronunciata in occasione dell'interdetto *uti possidetis* nella *l. 2, uti poss.* « possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet; » cioè ha per se una ragione di alta convenienza, alla quale il pretore ha dato efficacia simile a quella d'un dritto. — Ma che tale veramente sia la sentenza di Paolo, e non già che nella formazione degl'interdetti i romani abbiano riguardato il possesso come un dritto in se stesso, abbandonata così la nozione primigenia del medesimo, siamo in dovere di dimostrarlo coi frammenti

alla mano con quella maggior diligenza che per noi si possa. Così confermate saranno le nostre congetture; così saremo convinti, che nel lavoro romano sulla teoria del possesso mai fu perduto di vista quel concetto che di esso ci è dato dalla ragione e dal linguaggio comune.

§ 59.

Onde raggiungere questo scopo nella nostra tanto discussa indagine, non possiamo differire una breve esposizione dello andamento processuale degl' interdetti nel tempo classico del dritto romano, aggiuntavi qualche analoga riflessione; tanto, quanto è necessario per bene e chiaramente intendere un testo importantissimo che dobbiamo invocare a prova del nostro assunto. — La procedura degl' interdetti all' epoca classica, esposta da Gajo *IV*, *139-170*, avea luogo parte avanti al pretore *in jure*, parte avanti al giudice o ai ricuperatori *in judicio*. Il pretore nell' editto espose le diverse formole degl' interdetti solo come modelli predisposti a dimostrare in quali casi il magistrato sarebbe per intervenire. Avvenendo tali casi, il magistrato, sentite le parti semplicemente su di che si trattasse, prendeva dall' editto quella formola che conveniva alla circostanza, e pronunciava il suo comando di restituire o di esibire (*decreta*), o d' astenersi (*interdicta* strettamente detti). Era tal comando di sua natura condizionale cioè se esistessero le condizioni che l' editto [1] avea inoltre determinate come necessarie ad efficacemente chiedere l' interdetto. Quindi condizionale ed ipotetico l' obbligo relativo cioè se le dette condizioni necessarie, ed asserite dall' impetrante, realmente esistessero. Poichè l' obbligo cominciava a nascere allora, dunque non immediatamente poteva proseguirsi la procedura interdittale; ma dovea a tale effetto verificarsi un' astinenza od un fatto avverso al contenuto nel

[1] È da avvertire che talvolta la parola *edictum* si prende per quest special comando del pretore, come in *Gai. IV, 141.* Add. § 678 n. 1.

l'interdetto pronunciato dal pretore. [2] Allora si muovevano le *actiones ex interdicto*, la cosa si deferiva al giudice o ai ricuperatori col solito sistema delle azioni: e lì si veniva alla prova delle cennate condizioni onde quell' astinenza o quel fatto avesse a dirsi veramente contrario al comando del pretore. Ma come mai veniva predisposto questo agire *ex interdicto*, questo giudizio? Avvenuta dopo dato l'interdetto la mentovata astinenza o fatto in opposizione all'interdetto medesimo, le parti ricomparivano avanti al pretore; e lì [3] si faceva una *sponsio* che era penale. Con essa l'impetrante provocava l'avversario onde si obbligasse a dare una somma ove risultasse che le ripetute condizioni esistessero, e che perciò l'avversario medesimo con quel posteriore astenersi o fare si fosse realmente condotto contro il comando del pretore. Viceversa si faceva una *restipulatio*, colla quale lo stesso avversario provocava l'impetrante a promettere una somma ove risultasse il contrario. Così stabilito era il giudizio colle formole analoghe di *condictiones certi*; e su queste il giudice o i ricuperatori, ai quali, come dissi, erano mandate le parti, decidevano secondo le risultanze. Ma se condannavano colui contro cui l'interdetto era stato ottenuto, il giudice o i ricuperatori non si limitavano ad imporgli il pagamento della somma contenuta nella *sponsio*; dappoichè l'impetrante chiedeva a ragione, che quello fosse anche costretto a prestare obbedienza al comando del pretore, ossia venisse anche condannato secondo la regola de' giudizi romani all'interesse relativo. E tal giudizio si diceva *cascellianum*, o *secutorium* perchè anche trattato come mera conseguenza del giudizio sulla *sponsio* e *restipulatio*. [4] Finalmente è da ri-

[2] Giusta riflessione dello SCHMIDT *Das Interdiktenverfahren pag. 248 segg.*

[3] SCHMIDT *pag. 237* crede, che la *sponsio* e la *restipulatio* potessero farsi anche *extra jus*.

[4] Benchè in GAJO, interrotto in questo punto da deplorevole lacuna, (che neppure la diligenza dello STUDEMUND ha potuto riempire), si trovi il giudizio all'interesse enunciato solo rapporto agl'interdetti restitutorî ed esibitorî; a ragione BETHMAM-HOLWEG *Der Civilpr. des gemein. Rechts II. pag. 371;* WITTE *Das Interd. uti possid. pag. 22,* e MACHELARD *Des Inter-*

cordare, che mentre ne' strettamente detti interdetti la procedura era costantemente come l'abbiamo delineata, [5] nei *decreta* fu ricevuto che potesse evitarsi la *sponsio* insieme alla *restipulatio*, e litigare *sine poena*, *sine periculo*. Quando cioè colui, contro cui l'interdetto era impetrato, prima di dipartirsi dalla presenza del pretore la prima volta che era coll'impetrante comparso avanti ad esso, ossia immediatamente dopo pronunciato l'interdetto, domandasse al pretore medesimo di nominare un giudice e dare una formola detta *arbitraria*. Se tal domanda non era fatta e a questa maniera, allora dovea poscia litigare necessariamente *cum poena*, *cum periculo*, cioè colla *sponsio* e *restipulatio*. [6]

---

dits pag. 21, lo applicano anche ai proibitorî. Muove il *§ 166 a* del comm. IV ove un cascelliano o secutorio è enunciato per l'*uti possid.* e l'*utrubi*, proibitorî: muove la *l. 2 § 34, 44, ne quid in loco publ.* ove sul relativo proibitorio interdetto si tratta di condanna al *quanti actoris interest*: muove che la *sponsio* era esclusivamente penale *Gaj. IV, 141, 162, 163.*

[5] Salve delle aggiunte per l'*uti possidetis* e per l'*utrubi* (§ 662).

[6] In questa occasione dello aver parlato di questa singolar procedura ricevuta ne' *decreta*, che fu il primo passo nella decadenza della procedura interdittale, aggiungo qui una breve esposizione di questa decadenza. Nato il processo interdittale quando, vigenti le *legis actiones*, il pretore non avea ancora il mezzo delle *actiones in factum* con cui provvedere allo sviluppo del dritto (agg. § 62 n. 3); al sopravvenire del sistema formulario e delle *actiones in factum* non più aveva in verità la sua originale ragione di esistere. Non però coll'apparire del sistema formulario cessò l'antica procedura interdittale alla quale i romani si erano abituati, nè cessarono gl'interdetti che del resto servivano sempre ottimamente all'ufficio di mezzi coattivi. Anzi troviamo interdetti importantissimi (vedi p. e. § 663) introdotti col sistema formulario. Ma poco a poco operarono i mutati tempi. Il giudizio secutorio, *rei persecutorio*, prese più grave importanza sopra i giudizi di sponsione, appunto perchè con esso le cose si riportavano all'ordinario modo di render ragione. Così fu trovato il suddescritto modo col quale tutti gl'interdetti restitutorî ed esibitorî si potessero ridurre a quello, Gaj. *IV, 162-165.* Ed è assai probabile che negl'interdetti strettamente detti, cioè ne'proibitorî, la somma delle sponsioni cominciasse a mitigarsi. Le cose volgevano a riportarsi al solito procedimento delle azioni. Al che non è estraneo il vedere, che quantunque propriamente parlando gl'interdetti siano nelle pandette distinti dalle azioni *l. 35 § 2, l. 39 pr. de procurator., l. 1 § 4 vers. Restitutae, uti possid., l. 6 § 2 de confess.;* non è raro che fra le azioni

§ 60.

Pertanto negli interdetti caratteristico è il comando del pretore fra le due parti ad esso presenti; ed il fissare bene questo punto è capitalmente necessario per il procedere del nostro ragionamento. Di qui piglia Giustiniano la definizione degl'interdetti nel *pr. I. de interd.* da noi riportato nel paragr. precedente n° 6. Combina Gai. *IV*, *139* « Formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur (praetor aut proconsul), decreta aut interdicta vocantur. » Concorda Teofilo *paraphr. ad d. pr. I. de interd.* che l'interdetto dice essere una promulgazione dal pretore emessa fra due contendenti, la quale però non decide la causa ma istruisce il giudice come debba giudicare sulla medesima.[1] — Dall'istesso

---

siano annoverati, come nella *l. 37 pr.* e *§ 1 de O. et A.* Allorquando circa l'età di Diocleziano e Massimiano fu abolito il sistema formulario e tutti i giudizi divennero straordinari, fu questa occasione per togliere il singolare processo interdittale. Il pretore non più pronunciò vero comando ne'singoli casi. Forse s'impetravano tuttora gl'interdetti per mera formalità: e così pare doversi spiegare il passo di Simmaco *X. ep. 48 § 1.* « Nam Scirtius vir perfectissimus ereptam sibi partem Caesarianae massae crebra adizione conquestus, cum integrationem status quem amiserat impetrasset, heredes Thesei qui reluctarentur objecti sunt. » La vera fonte dello agire era nella generale espressione dell'editto. Ogni cosa si compiva colle forme ordinarie delle azioni. Onde Giustiniano come di cosa antiquata dice nel *pr. I. de interdict.* « Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat etc. » e nel *§ 8 eod. tit.* « De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. »

[1] « Ἰντερδίκτον δέ ἐστιν ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς ἀγωνιζομένη, οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσα τὸν δικαστὴν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως ». Dai commentari di Gajo abbiamo visto quanto esattamente parli Teofilo. Male questo passo fu inteso da Cujacio *ed. neap. IX. 1138 B.*, che non già si desse il giudice nella stessa questione di possesso a cui era diretto l'interdetto e di cui secondo Cujacio conosceva il magistrato, ma per la causa della proprietà susseguente. Cosa che già da questo apparisce falsa, che

punto ha, almeno sotto un rapporto, origine la etimologia della parola *interdictum*. Non certo tal parola deriva da *interim dictum*, [2] mentre molti sono gli interdetti che decidono interamente ogni questione frai litiganti. Le due derivazioni accettabili sono o da *interdicere*, proibire [3] o da ciò che *inter duos dicuntur*. [4] Giustiniano *§ 1, I. de interd.* narra che alcuni credevano interdetti doversi dire veramente e propriamente solo i proibitori « quia interdicere sit denuntiare et prohibere » mentre i restitutori e gli esibitori si chiamano propriamente *decreta*; ma che piacque che *interdicta* tutti si chiamassero « quia inter duos dicuntur. » Non si deve da questa narrazione desumere, che dunque fosse ripudiata del tutto la opinione de' primi, e che la parola *interdicta* nella ricevuta sentenza abbia un solo significato generale di modo che la seconda sia la sola giusta etimologia. Giacchè da Gajo sappiamo, che quantunque vero e non improprio sia questo significato generale *IV, 138, 142*; pure è vero anche un significato stretto e speciale per i proibitori, secondo il quale gli *interdicta* sono opposti ai *decreta IV, 139, 140.* Adunque ambedue le etimologie sono giuste come giusti ambedue i significati ai quali corrispondono. L'interdetto strettamente

---

gran quantità d'interdetti non era succeduta da alcuna causa di proprietà. Nè meglio da Vinnio *ad pr. I. de interd.*, che intendendo bene le parole di Teofilo vi scorge un errore manifesto. È curioso, che anche frai recenti il Pothier voglia tuttora sostenere che negl'interdetti il magistrato definisce esso stesso e che non v'è luogo a nomina di giudice *Pand. Iustin. § 15. de interd.*

[2] Benchè tale derivazione abbia per se l'autorità dell'interpretazione visigota delle Sentenze di Paolo *V. 6. 1.* « Interdicta dicuntur quasi non perpetua sed ad tempus interim dicta, » e d'Isidoro *Orig. V. 25.* « Interdictum est quod a judice non in perpetuum sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, salva propositione actionis ejus; » inclini ad essa Cujacio *IX. 1139 D*; la difenda Schneider *Subsid. Klag. pag. 143 n. 79*; l'accettino gli spagnuoli, indotti forse dal loro Isidoro, esprimendo l'interdetto colla parola *entretento*.

[3] Stanno per questa etimologia Machelard *pag. 4 n. 2* e Witte *pag. 25.*

[4] Questa piace ad Ortolan *Explicat. histor. des Instit. § 2293*, a Rudorff *Röm. Rechtsgesch. II. § 53 n. 2*, ed a Schmidt *pag. 5.*

inteso viene da *interdicere*, proibire. Ma, non rigettando l'altra etimologia che ha per se l'autorità di Giustiniano, [1] l'interdetto ampiamente preso viene da *inter duos dicere*; appunto perchè non convenendo a quest'accezione la prima etimologia, non v'è ragione di non ricevere per essa quest'altra convenientissima. Se dunque questa è l'etimologia per la generale significazione, della quale noi qui trattiamo, ciò significa precisamente, che gl'interdetti prendono pur anche la etimologia dal comando pretorio pronunciato fra due; e la capitale importanza di questo è sempre posta in rilievo.

§ 61.

Dall'istessa ragione, che gl'interdetti prendono carattere dal comando pretorio individualmente proferito fra due, s'intende perchè tutti si dicano *personalia* da Ulpiano nella celebre *l. 1. § 3*, *de interd.* « Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. » Dicemmo, che nell'editto stavano solo come esemplari e modelli da adoperarsi ne'singoli casi; ma che era sempre essenzialmente necessario il comando fra le due parti presenti, onde obbligazione ne nascesse. Alcuni interdetti erano così proposti nello stesso editto, che appariva la necessità della loro applicazione in un futuro individual comando; perchè concepiti con relazione a certi individui « Uti eas aedes *possidetis*, quominus ita *possideatis*; Unde vi *tu illum dejecisti.* » Ma talvolta erano nell'editto concepiti gl'interdetti senza relazione a persona, ma sulla cosa stessa. » In via publica facere quid, quo ea via deterior fiat, veto; In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto. » Eppure anche in questi, perchè obbligazione nascesse, era necessario che in ciascun caso le parti andassero avanti al pretore (« ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραίτωρα » Teof. *ad pr. I. de interd.*), e che il comando fosse dal pretore fra di esse per-

[1] E di Teofilo *ad d. § 1.* « μεταξὺ δύο. . . γενομένη. »

sonalmente pronunciato. E questo dice Ulpiano. Gl'interdetti, benchè ve ne siano di quelli che sembrano concepiti *in rem*, nella lor forza sono tutti personali.

§ 62.

Alle stesse idee si collega il non men famoso passo di Gaio *IV*, *139*, che a capo del suo trattato sugl'interdetti dice « Certis ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam interponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. » Gran varietà di opinioni su quel *principaliter*. Omettendo alcune opinioni speciali, che per la loro insussistenza non trovarono seguaci, ricorderò come alcuni credano riferire quella parola al posto che nel processo interdittale tiene il comando del magistrato, cioè a capo del medesimo:[1] altri invece la riportino all'importanza del comando che negli interdetti ha capitale valore.[2] Preferisco la seconda opinione, sia perchè anche nelle *actiones* l'intervento del pretore è in principio nel dare la formola,[3] sia perchè questa opinione è d'accordo

---

[1] Così MÜHLENBRUCH *Heinecc. Antiquit pag. 725 n. c.;* HAUBOLD *geschichtl. Zeitschr. p. 366;* SCHILLING *Bemerk. üb. röm. Rechtsgesch. p. 247;* SCHMIDT *pag. 6 n. 8;* WITTE *pag. 1.*

[2] Per tale sentenza sono LEIST *Die bon. poss. paq. 334 seg.;* KELLER *Civilproc. not. 861;* BETHMANN-HOLWEG *II. 346 n. 6*; MACHELARD *pag. 3 n. 1*

[3] I fautori della prima opinione oppongono che la parola, intesa per l'importanza del comando, non apparterrebbe ai soli interdetti ma anche alle *extraordinariae cognitiones*. Ma bene risponde BETHMANN, che Gajo nelle sue istituzioni non tratta affatto delle *extraord. cognit.;* quindi era sua cura nel descrivere gl'interdetti di distinguerli non da queste ma dalle sole azioni e loro procedura. Oltrechè è da osservare, che gl'interdetti e la loro procedura sembrano essere succeduti ad *extr. cognit.* adoperate anticamente in casi analoghi, e ne conservano il tipo (cf. HASSE *Rhein. Mus. IV. 200;* LEIST *pag. 334 seg;* WITTE *pag. 13*). Anzi anche nell'epoca classica spesso si adoperano negli stessi casi o interdetti o *extr. cognitiones l. § 1 de inspic. ventre, l. 2 § 8 testam. quem. aper., l. 5 § 27 ut in posse. legat., l. 3 pr. § 1 ne vis fiat ei qui in posses., l. 1 § 2 de migrando.* Onde non si sentiva il bisogno di marcar la distinzione fra la procedura degl'interdetti e quella delle *extr. cognitiones.*

colla spiegazione che aggiunge esso Gajo. Se egli avesse adoperato il *principaliter* in vista del tempo in cui si pronuncia il comando, avrebbe dovuto nella spiegazione esprimere precisamente questo. Ma invece spiega solo dalla importanza di esso comando « et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet; » e quindi si dà ad esporne il nome e le varie speci. Pertanto il controverso punto di Gajo va inteso così: Mentre nelle *actiones* il pretore sopra un'obbligazione già esistente dà solo la formola al giudice, onde veda e pronunci la *condemnatio* riportandosi alla medesima preesistente obbligazione; invece negl'interdetti esso comanda benchè condizionalmente e genera obbligazione analoga, rimettendo al giudice il vedere se il fatto posteriore e opposto al suo comando s'abbia a dire vero disprezzo di esso, ossia se si verifichino le condizioni inerenti al medesimo, insomma pronunci la *condemnatio* riportandosi all'obbligazione generata dalla sua autorità. Così, significa Gajo, mentre nelle azioni (delle quali immediatamente prima avea trattato) il pretore ha così poca parte che la maggiore è del giudice, negl'interdetti per converso la parte del pretore è per la sua grande importanza la principale.

§ 63.

Ora, valendoci di queste verità e riportandole alla nostra disputa che a queste indagini ci ha condotti, siamo a portata di comprendere pienamente un passo di Modestino che è nella *l. 52, pr. § 6, de O. et A.*, e la forza delle sue parole. Nel *princ.* dice « Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. » Segue al *§ 6* « Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo, vel magistratu fieri praecipiuntur, vel fieri prohibentur. » Quali sono le obbligazioni che nascono dal *jus honorarium*, ma non dall'*edictum perpetuum* bensì dal *magistratus* che *fieri praecipit vel fieri prohibet?* Corrispondono esattamente a quelle *causae* delle quali dice Gajo *cit. § 139* che « praetor vel procon-

sul principaliter auctoritatem suam interponit... aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet. » Sono segnalati gl'interdetti ne'quali l'obbligazione non nasce dall'editto dove stanno solo come modelli ed esemplari, ma dal comando individualmente pronunciato dal magistrato. Sono segnalati gl'interdetti che si dividono in *decreta* (quando *fieri jubet*) e *interdicta* strettamente detti (quando *fieri prohibet*).

§ 64.

Pertanto Modestino ci è autore, che l'obbligazione relativa all'interdetto è un'obbligazione *ex jure honorario*. Dunque gl'interdetti, anche quelli che possono dirsi effetti del possesso, non sono tali per se stessi, non derivano direttamente *ex possessione*, ma dall'opera del pretore. E questa era la nostra tesi. Si confronti ciò che abbiamo da Modestino, che cioè le obbligazioni relative agl'interdetti vengono *ex jure honorario*, con quel passo di Cicerone *pro Caec.* (§ 52) « usucapio... *a legibus.* » Apparisce luminosamente, che ambedue gli effetti del possesso sono importati dall'opera diretta dal dritto positivo; e che i Romani quando dettero al possesso valore e protezione riconobbero pure la sua nozione primitiva coll'esprimere non esser tali effetti, e dritti a difesa, dal possesso per sua virtù generati.

§ 65.

La spiegazione data all'origine de'nostri interdetti secondo il dritto romano, ci è mezzo sicuro e non difficile per intendere tutte le decisioni prese dal dritto stesso nel negare ad alcuni possessori gl'interdetti medesimi. Sendochè essi possono bensì dirsi effetti del possesso in quanto il pretore ebbe nel darli principale osservanza di questo, ma sostanzialmente non derivano dalla intrinseca forza del possesso, bensì dall'opera del pretore che ad osservarlo fu mosso da ragioni di discrezione; così è chiaro, che il pretore potesse ben negarli anche sopra semplici ragioni di discrezione e di prudenza. Allor

quando il possessore agisce sulla cosa anche pel riconosciuto vantaggio d'un' altra persona, ci troviamo avanti a due possessi, uno del possessore suddetto e l'altro di questa persona che posseder sembra per mezzo di quello; secondo le spiegazioni date § 48 al 50. Onde è che non sarebbe stato punto assurdo dare gl'interdetti ad ambedue. Ma in cosa, che tutta è retta dalla convenienza, parve all'economia del pretore eccessivo, che, mentre lo agire sull'oggetto è d'una sola persona, a due si dessero gli stessi interdetti;[1] e d'altra parte concedendoli ad uno de'due, la difesa del possesso procurata da esso soleva provvedere sufficientemente all' interesse d' entrambi. E chi de'due fu preferito? In genere colui che possiede per mezzo dell'altro. Poichè, essendo gl'interdetti rivolti a difendere uno stato, una posizione, come era logico il darli a chi avea ragguardevole interesse alla conservazione o restituzione di tale stato o posizione, così volendo scegliere fra due si dovea preferir quello che il maggiore interesse aveva. Or tale suole essere precisamente quello a cui l'altro presta ministero nel possedere. Ma per omogenee considerazioni si trova non raramente preferito invece colui che sta sulla cosa: preferenze eccezionali che non si oppongono alla regola, come non distrutte ma confermate sono le regole dalle ragionevoli e giuste eccezioni. Così quando in certi casi si vede, che il concedere gl'interdetti a colui, che possiede per mezzo d'altro, non soddisfarebbe abitualmente agl'interessi di ambedue (caso del precario § 129), o che l'interesse maggiore sitrova in colui il quale ha presso di se la cosa (caso dell'*agrum vectigalem habens* e dell'enfiteuta § 146), o che l'aprire l'adito a ripigliarsi cogli interdetti la cosa sarebbe contro l'*id quod actum est* (caso della cosa oppignorata al creditore § 119 e della cosa depositata presso il sequestratario § 124); il pretore colla sua prudenza preferì chi possedeva da per se stesso. Ed ecco che queste decisioni, senza forzare il concetto del possesso senza inventare

[1] Interdetti differenti si trovano dati ad ambedue (§ 142). Come si trovano dati ad ambedue anche gli stessi interdetti quando l'uno e l'altro esercitino l'attività loro *l. 3 § 5. de itin. act. priv.* (§ 481).

un possesso derivativo sconosciuto ai Romani, si adattano fluidamente e al concetto stesso del possesso e alla ragione della difesa concessa ad esso.

§ 66.

Abbiamo per ripetute prove dimostrato che i Romani anche ai lavori di estensione e di aggiunta efficacia, fatti sulla nozione primitiva del possesso, non la disconobbero giammai. Or sui dati che abbiamo fissati nel condurre questa dimostrazione, possiamo rispondere adeguatamente alla tanto discussa questione, se in dritto romano il possesso sia cosa di fatto o di dritto: questione complicata non solo per la difficoltà stessa che si è trovata nel definire il possesso, ma per l'apparente varietà de'frammenti che ad essa direttamente si riferiscono. In un imponente numero di testi si dice del possesso che è « res facti non juris » *l. 1 § 3 h. t.* « res facti » *d. l. 1 § 4* « est facti » *l. 29 eod;* viene il possesso riportato alle « facti causae » *l. 12 § 2 de captiv. et postlim.;* si dice di un interdetto il quale difende una specie di possesso, che in esso non « de jure » ma « de facto quaeritur » *l. 2 § 3 si serv. vindic.;* il possesso è posto in contrasto coi diritti *l. 23 pr.* e *§ 1 h. t.* Però d'altra parte una serie di frammenti riporta il possesso al dritto. In due frammenti è stabilito, che chi possiede ha « plus juris » di chi non possiede, *l. 36 h. t., l. 2 uti. possid.* In diversi altri si riconosce uno « jus possessionis » *l. 44 pr. h. t., l. 2 § 38 ne quid in loc. publ., l. 5 § 1 ad leg. Iul de vi publ., l. 10 C. h. t., l. 5 C. de liber. caus., l. 7 Cod. ad leg. Iul. de vi.* Nella *d. l. 10 C. h. t.* si parla d'un possesso che « jure consistit. » Nè basta. Se il possesso è un fatto, non s'intende come possa parlarsi di traslazione del medesimo, mentre non i fatti ma i dritti possono essere trasferiti. Eppure in molti frammenti la traslazione del possesso sembra essere implicitamente o esplicitamente ammessa. Implicitamente in quelli che riconoscono compra vendita, locazion conduzione, dazione a precario di possesso *l. 28, l. 37 h. t., l. 35 § 1., l. 37 de pignor act., l. 34 § 4 de contrah. emt., l. 6. § 4., l. 22 pr. de precar.*

esplicitamente in quelli che dicono « possessionem transferri » *d. l. 35 § 1 de pign. act.* « possessionem tradi » *d. l. 37 h. t.*, *l. 36 de pact.*, *l. 77 de R. V.*, *l. 5*, *l. 12 de vi* « tradi vacuam possessionem » *l. 18 § 2.*, *l. 33 h. t.*, *l. 4 pr. de usur.* Finalmente non mancano testi ne'quali sembra stabilirsi una natura doppia nel possesso, di fatto insieme e di dritto « possessio non tantum corporis sed et juris est » *l. 49 § 1 h. t.* Ed anche qui si presenta varietà nel determinar le proporzioni. Papiniano *l. 19 ex quib. caus. major.* da il più al fatto « possessio autem plurimum facti habet, » e concorda Paolo *V, 11, 2* « non tam in jure quam in facto consistit; » ma Papiniano stesso *d. l. 49 pr. h. t.* dice « plurimum ex jure possessio mutuetur. »

§ 67.

Fra gli scrittori prevalse sempre l'opinione che il possesso sia di sua natura un fatto. Così la pensò la maggior parte de'glossatori (§ 4. 5): a tal sentenza si attennero i Francesi del secolo XVI (§ 7): la medesima predominò fra gli Olandesi de'secoli XVII e XVIII: in Germania ebbe fautori non pochi nel secolo XVII, ed è tenuta dai più nel secolo XVIII e nel nostro. Ma seguaci dell'opinione contraria, che cioè il possesso sia un dritto, non sono mai mancati. Tale fu Bassiano fra i glossatori (§ 5), e quindi nella scuola italiana anche Bartolo, che definì il possesso « jus insistendi rei non prohibitae possideri » e gli diè posto fra il rapporto dell'asino verso il carico (« detentio asinina quae est facti ») ed il dominio. Tali furono nel secolo XVI Gifanio, Bachovio (§ 7 n. 1) ed altri tedeschi. Tali finalmente nel secolo nostro Gans, Puchta, Lenz, Bekker, Hauser, Molitor, e sopra tutti Jhering.[1] Nel determinare il posto che fra i diritti sia da assegnarsi al possesso, variano fra di loro; e mentre alcuni lo stabiliscono fra i di-

[1] Gans, Puchta, Lenz loc. cit. ai § 27. 28; Bekker *Krit. V. I. Schr. 5. pag. 15. segg.*; Hauser *Zeitschr. f. Reichs und Landesr. pag. 39 segg.*; Molitor *pag. 21 segg.*; Jhering *Geist. des röm. Rechts III. pag. 39. segg.*

ritti reali, altri invece gli danno un posto di mezzo fra i diritti *in re* e quelli *ad rem*. Finalmente non manca chi abbia tenuto una media sentenza. Huschke ne' *Kr. Iahrb. f. deutsch. RW. V. p. 30* scrive, che il possesso non è un dritto propriamente detto ma neppure un mero fatto, e che dal dritto piglia tanto quanto può portarne nella sua sfera senza divenire esso stesso principalmente un diritto. Ma largamente quella media sentenza è difesa da Savigny § 5, che sostiene essere il possesso fatto e dritto ad un tempo; fatto di sua natura, uguale ad un dritto nelle sue conseguenze giuridiche. Simili a quelli di Savigny sono i pensieri di Bruns *Das Recht des Besitz. § 29:* non essere il possesso una mera cosa di natura (« Naturding »), aver esso una mista natura, ma non potersi con alcuna formola comprendere fino a quanto s'innalzi ad una specie di avere giuridico.

§ 68.

Non ci tratterremo a fare di tutte queste opinioni una critica dettagliata, la quale ci porterebbe in gran parte a fare il già fatto, cioè a ripetere lo esame delle varie vedute sulla natura del possesso. Esponiamo a dirittura le nostre idee nella questione che ci siamo proposta; nel corso di tale esposizione andremo facendo qualche osservazione su taluna delle più celebri fra le opinioni suddette. — Le due espressioni *Diritto* e *Fatto*, intese e poste a confronto secondo la loro ordinaria accezione, si distinguono nel modo seguente. Il Dritto appartiene all' ordine ideale, ed è la facoltà coordinata al proprio vantaggio, protetta dalla legge morale che ne ingiunge ad altri il rispetto. [1] Il Fatto spetta all'ordine degl

[1] JHERING nella detta opera *Geist ecc. § 60, 61* definisce il Dritto essere l'Interesse, pel quale l'offeso può richiedere difesa per mezzo di azione ed appunto per questo nel luogo succitato dice essere il possesso un dritto e precisamente un dritto nella cosa, perchè è un interesse giuridicamente difeso. A parte che il possesso non è difeso pel suo intrinseco valore come provammo di sopra; anche la definizione del dritto, su cui JHERING ra

eventi, è ciò che *contingit*, un avvenimento. Ora che il possesso sia un avvenimento, e perciò un fatto, è oosa tanto manifesta quanto altra mai. E conserva il concetto di fatto anche dirimpetto al dritto positivo che, come vedemmo, talvolta trova il possesso laddove non esisterebbe secondo la sua primitiva definizione. In questi casi il dritto civile vede possesso in un avvenimento, in un fatto, che non sarebbe possesso secondo quel primitivo carattere; od anche finge l'avvenimento, il fatto del possesso: ma sempre rimane nel pensiero del fatto. In questo punto di vista la cosa procede così chiaramente da farmi ripetere volentieri le parole di Windscheid *§ 150 n. 1*, che il possesso non sia un dritto mai avrebbe dovuto essere contrastato — Vero egli è che in molti frammenti si parla del posssesso come obietto di compra vendita, di locazion conduzione, di precario; ma non per questo è da credere che veramente vi si ammetta potersi il possesso trasferire a guisa d'un dritto. Come neppure è ciò veramente ammesso dagli altri frammenti che parlano di possesso trasferito o consegnato. [2] In verità l'attuale posses-

---

giona, non mi pare esatta. Che l'interesse, come elemento endemonologico entri qual fattore nella composizione del dritto, sta bene: ma non che esso formi la principale idea nella definizione del medesimo.

[2] Che il possesso non possa essere veramente trasferito, è opinione quasi universale de'nostri scrittori. BRINZ *Iahrb. d. gem. R. III. 2* ha sostenuto il contrario, ma lo han confutato VANGEROW *I § 202 in not. 7ª ediz.*; WINDSCHEID *§ 153 n. 6*; RANDA *§ 15*, ed altri. Frai testi che BRINZ allega sembra a prima vista favorirgli principalmente la *l 11 de a. r. d.* ove è detto del pupillo « alienare vero nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore; et ne quidem possessionem quae est naturalis: » ora solo laddove esiste un passaggio, un trasferimento, può dirsi che non si acquisti dall'accipiente senza che il tradente avesse, e potesse trasferire. Ma la *d l. 11* non significa realmente che chi riceve da un pupillo senza l'autorità del tutore non acquisti possesso. Dello « alienare possessionem » che si trova in questo frammento, come debba intendersi, accenno in fine del presente paragrafo. — SAVIGNY spiega a *pag. 25* i testi che parlano di compra, conduzione, e precario d'un possesso, quasichè la mira di ottenere il possesso possa dare validità alla compra e ad altri negozi in quanto ad esso sono annessi dei diritti. Non mi par bene. In un caso frequentemento trat-

sore, come tale, non è il successore di colui che lo precedette nel possedere; sono due possessi del tutto distinti, l' antico or finito del possessore antecedente, ed il nuovo ora esistente nel possessore attuale. Oggetto di compra, di conduzione, di precario può essere il possesso nel senso, che noi sovente non possiamo acquistare un giusto possesso della cosa senza la volontà e l' operare di colui che fin qui l' ha posseduta, così che a quell' acquisto di possesso in noi si colleghi immediatamente la perdita di possesso in costui; or noi otteniamo ciò dal medesimo, per via di prezzo o mercede o preghiera, in maggiore o minor misura. Il vero obietto dell' affare è questa operazione altrui, per mezzo della quale avverrà, non già che il possesso suo si continui in noi, in noi veramente si trasferisca, ma che in noi nasca il possesso nostro. Parimenti trasferire il possesso, consegnare il possesso, consegnare il possesso vacuo [3] è detto per esprimere solamente l' atto della traslazione o consegna della cosa, onde avviene che il possesso cominci veramente a nascere nell'accipiente: è modo di dire figurato e men proprio. [4] Non ostacolo ma conferma è nella teoria dell' *accessio possessionis.* Poichè se il possesso si trasferisse di sua natura dall' autore nel suo successore sarebbe stato inutile del tutto lo escogitarla nell' interdetto

---

tato dai testi, vale a dire del debitore che faccia conduzione sulla cosa data a pegno, il conduttore non ha mira di acquistare alcuno dei diritti del possesso; non la facoltà di usucapire che avea già prima della conduzione, nè quella di esercitar gl'interdetti siccome vedremo al § 135.

[3] Sulla *vacuae possessionis traditio* ha trattato ESMARCH in uno scritto così intitolato; ed ha trattato acutamente, se non sempre felicemente, seguace com'è delle vedute di BRINZ not. antec.

[4] RANDA *pag. 358.* Così (aggiungo ancora) quando si dice *condici possessionem* colla *condictio sine causa* e colla *cond. indebiti, l. 2 de cond. trit. l. 25 § 1 de furtis* (di che parleremo § 369 segg.); non significa che il possesso, che il reo convenuto tiene indebitamente, sia quello stesso, che fu presso l'attore; o che il possesso che l'attore ripiglierà per via della *condictio*, sia quello stesso, che ora tiene il reo. Ma che il possesso, che ora ha il reo, succedette immediatamente alla perdita del possesso avuto dall'attore, e che il possesso, che riprenderà l'attore, succederà immediatamente a quello il quale ora è presso il reo.

utrubi e nelle usucapioni. È in vista degli effetti prodotti da tale teoria e non mai in senso strettamente proprio che si parla di « alienare possessionem » nella *l. 11. de a. r. d.* (§ 290 n. 1).

§ 69.

Mentre fatto da dritto è così nettamente distinto, è però certo, che esiste fra i medesimi uno stretto rapporto. Onde i diritti praticamente abbiano origine, si richiede la esistenza di fatti analoghi; lo che è espresso con quel noto detto, che dal fatto nasce il dritto. Il fatto è per così dire il sustrato, su cui si forma il dritto. I fatti, che si trovano in tale relazione col diritto, nomansi *fatti giuridici*. Conseguenza di ciò, che nella questione sulla esistenza o non esistenza di tali fatti è implicata la questione sullo esistere o non esistere del dritto che da quel fatto nascerebbe; senza però che si confondano i loro concetti essenzialmente distinti. Così con un contratto, con una mancipazione, coll'essere alcuno uomo maggiorenne, marito, padre ecc., vanno uniti dei diritti, e la questione sulla esistenza del contratto, della mancipazione, della maggiorennità, del matrimonio, della paternità, è collegata colla questione sulla esistenza di tali diritti; ma non per questo cessa d'esser vero, che il contratto la mancipazione la maggiorennità ecc. sian per loro natura avvenimenti, fatti, fatti giuridici. Dal che apparisce, che male il Savigny ha detto essere insieme il possesso e fatto e dritto, fatto di sua natura, dritto relativamente alle sue giuridiche conseguenze. Dire di una cosa stessa che è fatto e dritto è tanto contradittorio quanto il dire che è insieme e non è; una mostruosità, come non a torto l'ha chiamata Bekker *Krit. V. I. Schr. 18 pag. 14.* Anche se il possesso fosse fatto giuridico più che non sia, anche se producesse diritti per sua propria virtù e valore, pur non per questo potrebbe dirsi essere un diritto, come non può dirsi che sia un dritto l'avvenimento d'un contratto ecc.

§ 70.

Il possesso è fatto giuridico perchè produce dei diritti. Produce in certi aggiunti il dritto di usucapire: produce il dritto alla difesa interdittale. Ma ambedue questi effetti non per virtù propria, siccome esponemmo, ma per esterne considerazioni ad esso relative e per l'opera diretta del giure positivo. È fatto giuridico non per se ma per diretta forza della legislazione. E quanto al dato dritto di difesa esso non è già assoluto ma relativo, cioè in quanto il possesso non debba essere attaccato finchè il dritto propriamente detto non sia dimostrato, nella posizione indecisa del dritto (§ 55). Che il possesso sia fatto giuridico solo per virtù diretta del dritto positivo, che il dritto di difesa ad esso aggiunto non sia assoluto, lo dimostrano, oltre le cose sopra esposte sull'origine della usucapione e degl'interdetti, anche i testi, ne'quali è proclamata la generale indifferenza della intrinseca giustizia od ingiustizia in materia di possesso « in summa possessionis non multum interest juste quis an injuste possideat » *l. 3, § 5, h. t.* « Iusta an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert » *l. 2, uti. poss.* Onde è che nelle leggi nostre è riconosciuta tanto una *justa* quanto una *injusta possessio* (§ 86). E su questo pensiero è scritta la *l. 2 § 3 si serv. vind.* laddove Ulp. dice « alibi enim de jure, idest in confessoria actione; alibi de facto, ut in hoc interdicto quaeritur. » Non che nella confessoria ancora non si faccia questione su fatti, mentre anzi v'è indotta la disputa e la indagine sugli avvenimenti che abbiano potuto produrre il dritto di servitù: ma appunto perchè tali fatti sono di loro indole giuridici, inducenti dritto di servitù, la questione su di essi implica per sua natura la questione sul dritto stesso di servitù. Mentre nell'interdetto, indotta la questione sul fatto del quasi possesso, la questione sul dritto di servitù non è punto implicata; ma solo quella sul dritto di difesa nel possessore, dritto costruito direttamente dal pretore e meramente relativo.

§ 71.

Dalle cose dette apparisce, che nulla provano contro la natura di fatto del possesso i due testi che affermano aver più dritto chi possiede di chi non possiede affatto, *l. 36, h. t.*[1] *d. l. 2 uti poss.:* come neppure le *l. 44, pr. h. t.; l. 5, § 1 ad l. Iul. de vi publ.; l. 5 C. de liber. caus.; l. 7, C. ad l. Iul. de vi.* dove si parla di *jus possessionis* e con tale espressione sono significati i suesposti diritti emananti del possesso. Anche se si dice, che chi compra o fa mancipazione ecc. ha più diritti che chi non pose tali atti, anche se si parli di diritti di compra o di mancipazione; non s'intende affatto alterare la natura di fatto nell'avvenimento della compra o della mancipazione, ma solo si costata che dritti ne derivano, lo chè, come è chiaro e fu da noi esposto, è del tutto diverso.[2] Quanto alla *l. 2, § 38 ne quid in loco publ.* e alla *l. 10 C. h. t. in fi.*, lo *jus possessionis* vi è preso in un senso tutto speciale, cioè rapporto alla legittimità della fonte onde il possesso per avventura era derivato. In senso eguale a quello in che si dice una *possessio justa* (§ 86); insomma per l'accidentale autorizzazione a possedere. Poichè nella prima si parla anche di colui che acquistò per titolo di conduzione, mentre il conduttore non gode di alcuno dei giuridici effetti del possesso; onde l'espressione « utitur et jure possessionis fruitur » non può significar altro che il profittare della facoltà di possedere, acquistata per mezzo della conduzione o di altre giuste cause. Nella seconda poi si tratta del reo convenuto in un giudizio reale, e si dice che egli pendente il giudizio vacilla e dubita *super jure possessionis*, cioè appunto sulla legittimità del suo possesso.[3]

---

[1] Di questo testo parlerò § 134.

[2] Nella *l. 5 C. de liber. caus.* si parla di effetti del possesso ma non veri e propri, bensì di dritti derivati da regole generali di legge, i quali si applicano ancora in occasione del possesso; poichè è tale il dritto, che l'obietto di una domanda non sia tolto al reo convenuto finchè l'attore non provi (§ 339 segg.).

[3] L'intero testo della *l. 10 C. h. t.* spiegherò più sotto § 76.

§ 72.

Dei molti testi citati al § 66 abbiamo spiegato presso che tutti quelli che riferiscono il possesso al diritto, ed uno di quelli che lo riportano al fatto cioè la *l. 2. § 3. si serv. vind.* E potrebbero abbastanza dichiararsi colle cose che abbiam detto anche altri di questi ultimi. Ma per esse non s'intende affatto l'opportunità, con cui la natura di fatto e non di dritto del possesso è invocata nella *l. 1, § 3* e *§ 4, h. t.* Per decidere che il pupillo può senza l'autorità del tutore acquistare un possesso, a che giova il dirci « eam enim rem facti non juris esse? » Dappoichè anche i fatti, come una vendita una stipulazione ecc., compiti senza autorità del tutore, non valgono, e i diritti non si sviluppano secondo il loro ordinario procedimento, se la condizione del pupillo è fatta deteriore. Come viceversa e quei fatti valgono e i dritti nati da essi si sostengono, se la condizione è resa migliore. Onde sembra che lo essere per mezzo dell'acquisto del possesso fatta migliore la condizione del pupillo dovea rimarcarsi, e non altro. Parimenti restando alla esposizione da noi fatta finora non s'intende, come a sostenere il possesso nel coniuge donatario Paolo ci ricordi che il possesso è « res facti. » Poichè ogni donazione è un fatto; ma non è sostenuto, se il coniuge donante ne divenga più povero, come viceversa si sostiene quando il donante non ne divenga tale. Onde Paolo solo a questa considerazione par che dovesse volgere la sua attenzione. Molto meno le cose suesposte spiegano gli altri testi dove sembra proclamata la duplice natura del possesso, parte di fatto parte di dritto, *l. 19. ex quib. caus. major., l. 49, pr., § 1 h. t.*, Paul. *V, 11, 2.* Se il possesso è un fatto, non s'intende come possa insieme aver natura di dritto (« et juris est » *d. l. 49, § 1.*. « tam in iure quam in facto consistit » Paul. *loc. cit.*) cose contraddittorie come sopra provammo disputando contro Savigny.

§ 73.

Per bene intendere questi testi mi sembra opportunissimo il ricordare una cosa, che, se non erro, è stata dai nostri scrittori nella questione presente troppo trascurata; ed è, che le espressioni: Esser di fatto, esser di dritto, consistere più nel fatto, nel dritto, hanno nel linguaggio dei romani giureconsulti un altro tutto speciale significato, ben diverso da quello su cui finora abbiamo ragionato. Si dice consistere nel dritto una istituzione, allorquando nello stabilir le norme che la regolino si ha riguardo alle massime solite del dritto civile. E ciò si fa pienamente nelle istituzioni escogitate dal dritto positivo. Si dice poi consistere nel fatto, quando si ha speciale riguardo al come un'istituzione corrisponda in realtà ai naturali bisogni dell'uomo. Imperocchè vi sono alcune materie, che appartengono all' uomo più qual è secondo natura, che come subietto del dritto privato: e tali sono precipuamente quelle che sono in intimo rapporto colla sua fisica sussistenza. Certo che il dritto civile lavora assai anche su queste materie, ne delinea i contorni, le munisce di civile efficacia, applica loro in genere le proprie solite regole; ed in questo senso anche queste materie *in jure consistunt*. Ma però v' è questo di singolare, che nei suoi lavori il dritto positivo non vi perde mai di vista la loro conformazione secondo natura, ed in grazia di questa le riconosce anche quando la rigorosa applicazione di qualche regola giuridica n' escluderebbe la sussistenza, non le riconosce anche se l'assoluta applicazione di qualche regola giuridica importerebbe la sussistenza medesima. Tutto ciò eseguisce in vari modi secondo la varia natura di tali singole materie: cosa chiara, ma da rimarcarsi diligentemente. In questo senso simili materie *in facto, non in jure consistunt*. Complessivamente poi, considerato il doppio descritto riguardo, e la prevalenza or ora indicata del loro semplice naturale concetto sulla rigorosa ed assoluta applicazione delle regole del dritto civile, si dicono *magis in facto quam in jure consistere*. Questa espressione si trova precipua-

mente ben marcata da Modestino *l. 10*, *de cap. minut.* [1] Tratta il giureconsulto del legato annuo d'incerta quantità [2] e del legato *habitationis*, prossimi ambedue al concetto degli alimenti. Sostiene, in vista del personal bisogno a cui sono secondo la lor natura collegati, che tali legati si estinguono colla morte del legatario, sicchè non passino all'erede di lui, non ostante la regola generale della rappresentanza che ha l'erede verso il defunto; e viceversa, in vista della capitale necessità degli alimenti, che non li estingue la *capitis deminutio*. Dà la ragione « quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit. [3] »

§ 74.

Così il possesso. Concetto, che ci esprime le prime relazioni fra l'uomo e le cose create per soddisfazione dei suoi bisogni, è eminentemente semplice, e l'uomo v'è considerato come naturale persona. Il dritto civile anche su esso opera molto, come vedemmo, sia nel delineare la sua conformazione sia nel dargli efficacia civile. Nello sviluppo di queste sue operazioni prende spessissimo per guida i propri generali principî, quando di questi si scorge razionale e giusta l'applicazione. Per tali considerazioni anche il possesso *in jure consistit* secondo la suesposta speciale romana espression[e]. Ma d'altra parte in primo luogo il dritto civile in queste su[e]

---

[1] Anche in CICERONE *de orat. III. 28* si legge « factum magis demon[s]tramus, quam ad jus civile referimus obligationem. »

[2] Cf. il mio lib. *de obligationib. pag. 227.*

[3] Nell'istesso ordine d'idee, benchè in un punto di vista più comple[s]sivo, è detto che anche la *solutio* e la *venditio* « facti magis quam ju[ris] sunt » *l. 7 § 3 de cur. furios.* Poichè mentre gli atti di origine assoluta d[i] dritto positivo romano, come la *mancipatio* o la *in manum conventio*, n[on] si possono fare riguardo a persona sottoposta alla tutela di più tutori l[e]gittimi o dativi se non coll'autorità di tutti e singoli i tutori medesi[mi] (ULP. *XI 26;* CICER. *pro Flacco 34*, cf. inf. § 489 n. 2); il pagamento p[er] converso e la vendita, che hanno origine dal dritto delle genti, posso[no] farsi da un solo tutore o da un solo curatore.

operazioni non perde mai di vista i caratteri primitivi e semplici del possesso, siccome pure esponemmo. Inoltre per definire se possesso esista o no, ed in qual maniera esista, esso dritto civile riguarda alle regole ordinarie sulla composizione e durata del possesso, regole o delineate pienamente sul mero naturale concetto o modellate su questo. [1] Così che lo stesso dritto civile non arriva a fingere, che possesso sia o sia in un modo, quando secondo le dette regole non sarebbe o altrimenti sarebbe, solo per voler applicare troppo assolutamente altri suoi principî generali; come neppure nega al possesso per troppo rigorosa applicazione di simili generali principî gli effetti ad esso ordinariamente accordati. Su queste considerazioni il possesso *in facto consistit.* Unite poi le due esposte considerazioni, ed osservata la prevalenza della naturale ispezione sull'assoluta e rigorosa applicazione delle regole generali di dritto civile, il possesso *magis in facto quam in jure consistit.* Precisamente « non tam in jure quam in facto consistit » è l'espressione di Paolo *V*, *11*, *2*, uno dei frammenti che rimanevano a spiegare. Applicata dal giureconsulto alla sua tesi, che cioè per provare che possesso sia stato da me per tradizione acquistato, basti il riguardare al semplice avvenimento « si rem corporaliter teneam » applicazione del tutto consona alla esposizione che abbiam fatto di quella espressione romana.

§ 75.

Su questa esposizione medesima si spiegano ad uno ad uno tutti que' frammenti. Si spiega perchè Papiniano *l. 49, pr. h. t.* ci dica che « plurimum ex jure possessio mutuetur; » cioè che nello sviluppo della teoria del possesso moltissimo (*plurimum*) si applichino i principî del dritto civile ossia, come dicevamo, ogni qual volta tale applicazione è giusta e ragionevole. Infatti il giureconsulto fa ivi ragionevole applicazione al possesso delle massime di dritto civile sull'acquisto per

[1] Vedi sop. § 47 e 49, e spesso nel trattato intiero. Specialmente cf. § 314.

mezzo di altre persone (cf. § 255). Si noti nelle citate parole di Papiniano quel *mutuetur*, col quale il giureconsulto significa egregiamente, che il possesso non riceve dal dritto civile l'intrinseco concetto e la sostanza, ma che il dritto civile, accettando quel che deriva dalla ragione comune, vi lavora sopra solo a conformare e modificare i contorni. — S'intende parimenti come Papiniano ci dica nella stessa *l. 49 § 1*, che il possesso « et juris est » nell'occasione del negare gli effetti civili al possesso che servi o figli di famiglia hanno delle cose peculiari (cf. § 109). Perchè il negarli era un'applicazione giusta ed inevitabile delle regole generali fissate sullo stato di tali persone (cf. ibid.)[1]

§ 76.

Si spiega nell'istesso modo la *l. 10 C. h. t.* laddove Costantino dice « Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quae jure consistit, aliam quae corpore. » Ha notato il Cujacio *ad tit. Cod. de acq. vel ret. poss. IX 1006*, ed altri dopo esso segnalano tuttora, la somiglianza di espressioni in un passo di S. Agostino nel sermone *de vita clericorum* « exiguum est quod videtur possidere, sicut jurisperiti loquuntur, jure, non corpore. » Varie sono le opinioni sul significato delle riferite parole di Costantino. Cujacio *loc. cit. e col. seg.* crede, che ivi il possesso che *jure consistit* debba intendersi per quel possesso che si ha « jure et animo domini, puta detentore credente se esse dominum, » il possesso poi che *corpore consistit* per il possesso « citra jus affectionemque domini, non tamen citra jus aliquod affectionemque »[1]; soggiungendo, che al primo sia riservata l'espressione *jure consistit* « quia possidetur summo et optimo jure, nempe do-

[1] Cosa significhino propriamente nel testo le parole antecedenti alle riferite e spiegate (« possessio non tantum corporis sed ecc. »), ed in quale rapporto preciso si trovino colle medesime, convien rimetterlo per esser spiegato al trattato sul possesso naturale e civile; ved. § 101. 103.

[1] Al primo esso da il nome di civile, al secondo di naturale, vedi § 90

mini. » Ma non s'intende come possa dirsi che *jure consistit* un possesso solo perchè il possessore creda di avere il diritto di dominio, mentre la opinione non forma la sostanza (il *consistere*) delle cose. Che se ciò potesse ammettersi, non si avrebbe a negare l'applicazione della medesima espressione anche a quel secondo possesso ritenuto « non citra jus aliquod affectionemque, » giacchè lo essere il dominio un dritto sommo non fa che ad esso solo si possa applicare in senso esclusivo la parola *jus.* — L'opinione più ricevuta è, che nel testo di Costantino il possesso che *corpore consistit* sia quello che ha per oggetto una cosa corporale, l'altro *che jure consistit* sia quello che per oggetto ha un dritto.[1] Ma nè concorda l'analogo passo del Padre della Chiesa il quale, come apparisce dal contesto del passo medesimo da cui prendemmo le riferite parole, non parla di possesso di alcuna cosa incorporale, ma de' vari modi di ritenere il possesso delle cose corporali; nè sono adatte l'espressioni dell'Imperatore « consistere jure.... corpore » senza alcuna preposizione, mentre converrebbe assolutamente che avesse detto « *in* jure, *in* corpore » (*cf. l. 20. pr: de S. P. U.*) Io credo, che le espressioni di questo testo siano da prendere in analogia col simile linguaggio che abbiam veduto e vedremo ancora usato dai giureconsulti. Così che significhino: altro essere il possesso che si presenta esistente per opera del dritto civile (per mezzo del contatto abituale, o per ministero di altre persone), altro quello che si presenta esistente secondo la primitiva nozione (per mezzo del proprio attuale contatto). Dice egregiamente di questo secondo, che consiste *corpore.* Infatti vedemmo, che del possesso, che si ha per contatto abituale, si dice ordinariamente dai giureconsulti che *animo*, *animo solo*, *nudo*, si ritiene § 47; e che talvolta il possesso, che è ritenuto per mezzo di altri, viene distinto dal corporale § 50. Dice egregiamente del primo che consiste *jure:* perchè nella speciale romana

[1] Così CUPERO *Observ. selectae de nat. possess. I, c. 4;* SAVIGNY *pag 169, n. 1;* RANDA *pag. 28, n. 6.*

espressione, che andiamo svolgendo, ciò si dice anche delle materie ove prevale la semplicità naturale, in quanto che si verificano su esse lavori di dritto civile (§ 73, 74). Il passo di S. Agostino è in analogia colla nostra spiegazione perchè vi si tratta di possesso ritenuto per mezzo d'altra persona. Pertanto l'intera costituzione va intesa nel modo seguente. Lo scopo, a cui mira l'Imperatore è di ben stabilire, che il possessore di b. f. di cosa altrui, è irresponsabile per negligenze o alienazioni prima della contestazione della lite, che in questo senso il suo possesso è legittimo quanto quello dello stesso padrone. Ma da che sia contro di esso contestata la lite di R. V., cessa tale irresponsabilità, perchè in genere dopo la L. C. i possessori si ritengono di m. f.; ed anche quando ciò non vale, pur sempre dovrebbero dubitare sulla legittimità del loro possesso, e perciò esser cauti nel custodire e nello astenersi da atti di natura esclusivamente dominicale. Su questa antica massima di dritto civile (*l. 21 de R. V.*) era stata fatta a Costantino la domanda seguente: Se cioè, non dovendosi alle materie della natura del possesso applicare assolutamente e rigorosamente le massime generali del dritto, quell'antica massima non si avesse ad applicare ad ogni maniera di possesso, e dovesse da questa disposizione del dritto civile andare esente quel possesso, che sorge semplicemente dal contatto attuale, e non deve a disposizioni del dritto civile la sua esistenza. La domanda riceve da Costantino risposta negativa, perchè si tratta di applicazione giusta e ragionevole della detta disposizione (§ 74). L'imperatore risponde allegando le sentenze da tutti i giureconsulti adottate in proposito. Comincia dal ricordare, che tutti i giureconsulti riconoscono due maniere di possessi, secondo che si verificano semplicemente coll'attuale corporale contatto, o per opera del dritto civile senza il contatto medesimo « Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quae jure consistit; aliam quae corpore. » Soggiunge, che sì all'uno che all'altro possesso vanno uniti i vantaggi d'irresponsabilità che sono accordati nella R. V. al possesso di b. f. riguardato quale possesso legittimo al pari de' possessi

de' padroni; ma ciò solamente rapporto al tempo in che non venne ancora mossa e contestata la lite « utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur. » Dopo la L. C. non potersi niuno di que' due possessi riguardare per tale; perchè quantunque si tratti di colui che possegga nel modo più semplice e primitivo, cioè *corpore*, sempre è ragionevole e giusto che non abusi della cosa, mentre per lo meno deve ormai dubitare sulla legittimità del suo possesso « interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet et dubitet. »

§ 77.

Proseguiamo la dichiarazione dei frammenti sulla speciale accezione romana delle parole, fatto e dritto. Il possesso, che nell'ordinario senso della parola è un fatto, non si trasmette negli eredi, come in nessun altro successore (§ 68). E così il dritto ad esercitare gl'interdetti, che era unito al possesso dell'autore, non si attua nell'erede solo perchè tale. Ossia non perchè l'autore possedesse, l'erede ha dritto ad esercitare p. e. l'*unde vi* se altri dopo la morte di quello occupò il fondo. Potrà averlo solo se prima della occupazione esso entrò nel possesso del fondo stesso (cf. § 273). Vero egli è che per il principio generale della rappresentanza del defunto tutti i diritti ad esso competenti sogliono passare negli eredi.[1] Ma in cosa, che *in facto magis quam in jure consistit*, qual'è il possesso, non conviene derogare a ciò, che importa la sua schietta natura, per fare applicazione assoluta di quel principio generale della rappresentanza: « omnia

---

[1] Eccetto quelli che per loro natura si collegano ad una personalità individuale; come l'usufrutto, le immunità personali, le azioni dirette ad aver soddisfazione di personale ingiuria, *l. 3 § 3 quib. mod. usufr. amitt.; l. 13 pr. de injur.; l. 1, § 1 de jur. immunit.*

quidem jura ad nos (heredes) transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet » *l. 23 pr. h. t.* La teoria dell'*accessio possessionis*, ricevuta per l'*utrubi* e per la usucapione, non si oppone; anzi conferma la massima del non essere il possesso trasmissibile (§ 68). E quantunque negli eredi sia stata messa in opera per mezzo dell'applicazione del principio di rappresentanza (§ 558), sempre rimane che questa applicazione non fu fatta per considerazione diretta di questo principio (chè allora di special teoria dell'*accessio* non sarebbe stata veruna necessità), ma per distinta disposizione di dritto, fondata su ragioni speciali per l'*utrubi* e le usucapioni.

§ 78.

Un cittadino è preso dai nemici. Perduta la libertà, e diventato servo dei nemici *l. 5, § 2 de captiv.*, esso perdeva il possesso delle cose che lasciato avea in patria (cf. § 286 n. 3); e seppure può pensarsi che qualche cosa mobile ei ritenga presso di se in quel suo stato di cattività, di questo possesso in tale stato non potrà, ad esempio de' servi, godere gli effetti civili (§ 109). Certo che se egli torna poscia in patria, il postliminio gli rende tutti i diritti, fingendosi che sia rimasto sempre in città, *d. l. 5 § 1, l. 16 eod. tit.* Ma mentre questa finzione si applica assolutamente alle materie di civile istituzione *quae in jure sunt l. 12 § 6 eod.*; non si applica al possesso, che *magis in facto consistit*, e dove regnano le proprie regole sulla composizione e durata. Gli effetti dell'antico possesso il reduce non ricupera per postliminio; non l'usucapione iniziata prima della cattura, non gl'interdetti.[1] È analogo a quelle regole ed alla realtà, che egli, che per la cattività cominciò ad esser posseduto esso stesso, avea per-

---

[1] Per esempio non potrà esercitare l'*unde vi* contro chi, durante la sua cattività, occupò un fondo da lui prima posseduto; e tornando entro l'anno, da che altri nel tempo della cattività occupò una sua cosa mobile, ei non potrà esercitare l'*utrubi*.

duto il possesso delle cose lasciate in patria. E seppure per avventura di qualche cosa mobile, portata seco, lo ritenne; pure in quello stato in cui si trovava nè poteva in realtà possedere colla libertà senza cui non si concepisce lo agire da dominante necessario per l'usucapione (§ 53, 493), nè a ritenere tal possesso, che per la sua posizione poteva essergli tolto ad ogni istante, avea quell'interesse ragguardevole necessario per aver gl'interdetti (§ 65, cf. § 169). La finzione del postliminio non si applica onde immaginare che il possesso fosse dove non fu, o fosse altro da quello che era, a rendere *infectum* il fatto dello essere stato il possesso antico spento nella sua sostanza o almeno alterato nelle sue qualità. Così va spiegata la *l. 23*, *§ 1*, *h. t.* di Giavoleno « In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo jura rerum suarum singulare jus est (un dritto basato non sulla generale verità delle cose ma sopra una finzione benchè elevata a principio): corporaliter (su questa parola cf. § 290) tamen possessionem amittunt, neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possederit. » Ed appunto marcando la realtà dei fatti Paolo *l. 15*, *pr. de usurp.* « Sed verum est, eum in sua vita desiisse possidere: ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. » Combina il parlare di Trifonino *l. 12*, *§ 2 de captiv.* « *Facti* autem *causæ* infectae nulla costitutione fieri possunt: ideo eorum, quæ usucapiebat per semetipsum possidens, qui postea nactus (o *pactus*) est, interrumpitur usucapio: quia certum est eum possidere desiisse. » Finalmente Pap. *l. 19 ex quib. caus. major.* « Denique si emtor prius quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem (su questa parola *possessionem* cf. § 552. n. 1) postliminio non restitui; quia haec sine possessione non consistit: possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio. » Il « plurimum facti habet » che Papiniano usa in questo frammento esprime gagliardamente l'istesso che il « magis in facto quam in jure consistit, » e significa che il possesso è *sommamente* di fatto. Mentre il

« plurimum ex jure mutuetur » usato dallo stesso Pap. nella *l. 49, pr. h. t.* significa solo, che il diritto civile ha *moltissimo* lavorato sul possesso. Diversa spiegazione dell'istesso avverbio suggerita e dalla ragione e dai verbi diversi soggiunti nell'un testo e nell'altro, *habet* nel primo, *mutuetur* nel secondo (§ 75). Ora non è punto contradittorio che sopra una materia, la quale nella sostanza, che è il *sommo*, consiste *in facto*, il dritto civile abbia *moltissimo* lavorato nel delinearla e nel determinare i suoi effetti.[1]

§ 79.

Anche la *l. 29, h. t.* si spiega colla romana espressione che andiamo applicando. Un pupillo senza l'autorità del tutore fa un atto per mezzo del quale perde quel corporale rapporto colla cosa che è sempre necessario per la ritenzione del possesso. Il possesso gli è perduto (§ 290). Nè per sostenere che ei possegga tuttora, vale la regola generale, che i pupilli non possano agire senza autorità del tutore; regola che si applica agli atti con cui essi fan deteriore la causa propria. Perchè trattandosi di cose che sono di fatto (secondo l'accezione di cui parliamo presentemente), le regole generali di diritto civile non si applicano loro assolutamente per fingerne la esistenza laddove in realtà non sono. Onde il pupillo può perdere tali cose anche senza autorità del tutore: « quod enim facti est, potest amittere. » — Finalmente s'intendono egregiamente i due passi di Paolo nella *l. 1, § 3, 4, h. t.* (ved. § 72). Dopo Ofilio e Nerva dice Paolo, che un pupillo, se di tale età da aver sufficiente intelletto (cf. § 275), acquista da per se solo il possesso prendendo la cosa. Poichè v'erano tutti gli elementi che all'acquisto del possesso richiede il concetto del medesimo. Una ragione di dubitare nella massima di dritto

[1] § 73, 74. — Se sia luogo alla finzione della legge Cornelia vedi § 315. Se si conservi ai presi dai nemici il possesso che avanti alla cattività ritenevano per mezzo di altri, vedi § 316.

civile, che pupilli non debbono agire senza l'autorità del tutore. Or se si fosse trattato d'una istituzione di dritto positivo, la risposta sarebbe stata presa da Paolo dalla limitazione che lo stesso dritto positivo ha fatto a quella sua massima; che cioè non vale per gli atti ne' quali il pupillo fa migliore la sua causa. Ma trattandosi di possesso che *in facto magis quam in jure consistit*, Paolo sceglie piuttosto una risposta a tal materia più analoga; marca precisamente questo carattere del possesso, onde deriva che le massime di dritto civile mai gli si applicano rigorosamente per negargli valore ove esso esista in realtà « eam enim rem facti non juris esse » *d.* § *3.* — Il marito cede un possesso alla moglie per causa di donazione; nella donna si ritrovano tutti gli elementi necessarii per dire che abbia acquistato il possesso secondo il concetto di questo. Ostar sembra il principio di dritto civile sulla proibizione delle donazioni fra coniugi e relativa invalidità delle medesime; il quale principio si applica quando il donante divenga più povero. Risponde Paolo *d.* § *4*, cominciando a notare anche qui quel medesimo carattere del possesso, per cui le massime del dritto civile non valgono per rigorosa applicazione a togliergli valore quando esso esista secondo le regole sue proprie « quoniam res facti infirmari jure civili non potest. » Ho detto per rigorosa applicazione; giacchè le applicazioni giuste e ragionevoli dei principii generali si fanno anche a tali materie, ed al possesso (§ 74-76). Paolo intende ciò; prevede potersi credere facilmente, che nel caso la massima delle proibite donazioni fra marito e moglie, importanti depauperamento nel donante, sia troppo ragionevole e morale per non applicarla.[1] Risponde anche a questo soggiungendo « et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem? » Se per applicare quella massima volessimo negare efficacia

---

[1] Credo che per questo la sentenza difesa da Paolo, benchè fosse de' più, non mancasse di contradittori, come apparisce dallo stesso frammento.

al possesso della moglie, non per questo rimedieremmo al depauperamento avvenuto nel marito, che quando donò e consegnò perdeva irrimediabilmente il possesso divenendo mancante degli estremi necessarii per la conservazione di esso, principalmente dell'animo. In fine si arriverebbe ad una specie di vacanza di possesso, cosa al dritto nostro rincrescevolissima (§ 46).

§ 80.

Abbiamo, ci sembra, esposto pienamente il pensiero romano sul concetto del possesso. Una conferma dello esposto, cioè un'ultima dimostrazione che i romani ci vedessero ciò che esso è in sostanza nella sua semplice nozione e precisamente un vero fatto, apparisce pur anco da alcune improprie accezioni, che, come spesso di altri vocaboli, così anche del possesso trovansi usate ne'frammenti. Imperocchè lo scorgere, che fanno i romani nel possesso solo il materiale agire sulla cosa prescindendo dal dritto, rende ragione del come essi poterono talvolta adoperare la parola *possesso* anche là dove non si rinvengono gli estremi costitutivi del medesimo, ossia non in senso proprio ma improprio e traslato. Perchè sempre vi si ravvisa un' opposizione col dritto, sempre uno stato relativo di godimento di fatto vi è contemplato — 1° talvolta viene usato laddove manca la proprietà secondo il dritto civile de'romani. Esempio nell' *ager publicus*. Sia che questo fosse suolo provinciale o lasciato in godimento agli antichi padroni non come proprietà libera ma come terra gravata d' imposta [1] o venduto dai questori parimenti col gravame d' un *vectigal*. [2] Poi-

[1] Ved. citazioni al § 456 n. 1.

[2] *Ager quaestorius*. HYGIN. p. 115. 15 « Quæstorii autem dicuntur agri, quos populus romanus dejectis pulsisque hostibus possedit, mandavitque quæstoribus ut eos venderent. » Questo *ager* era veramente *publicus populi romani* ed il *vectigal* era precisamente la ricognizione di questa proprietà. Benchè in vista della vendita fatta specialmente ad un privato è chiamato ripetutamente *privatus* nella legge agraria ann. 643, dove parlandosi appunto dell' *ager*, che altri « de magistratu romano emerit » *lin. 47*. (add. lin. 45, 57, 65), è detto due volte « ager locus privatus vectigalisque » *lin. 49 e 66*.

chè dice Gajo *II*, *7*: « Sed in provinciali solo placet plerisque, solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur; » e Frontino *de controv. agror. p. 36* « possidere enim illis (stipendiariis, cf. § 456, n. 1, fi.) quasi fructus tollendi causa et praestandi tributi condicione concessum est. » Sia che fosse *ager occupatorius*, sulla natura del quale parleremo § 128; come vedemmo da più autori § 35. Non che possesso propriamente detto sia questo; giacchè tale stato era in se e di sua natura giusto e legittimo; ma nel senso di analogia in quanto che mancava il vero dominio il quale spettava allo Stato, onde riguardo al dritto civile romano era posizione di fatto. — Parimenti dovremo a suo luogo osservare, che quando si dice *bonorum* o *hereditatis possessio* in opposizione all' *hereditas*, ovvero si dice *possessio* in opposizione all' *ususfructus*, non s'intende un proprio possesso; perchè o non vi si esprime il vero possesso delle cose corporali ma piuttosto un dritto dato dal pretore ad averlo (§ 638), o si concepisce anche senza alcuna esistenza di cose corporali (d. § 638), o anche il pretore vi dà la sua tuizione e una solidità pari a quella de' dritti (§ 641, 754). Ma si dice in quanto che mai c' è veramente lo *jus hereditatis* o *ususfructus*, e così si rimane sempre in uno stato di fatto di origine pretoria (459, 754).

§ 81.

2° Talvolta si adopera la parola possesso a significare uno stato che è pienamente giuridico, ma prescindendo nell'esprimerlo da tal sua qualità giuridica e pronunciando solo il material godimento che è unito. Poichè siccome le cose sono adoperate dagli uomini in vista del loro uso e comodità, non è raro che nel dritto nostro ad esprimere uno stato giuridico, un dominio, si adoperino le parole corrispondenti all' uso pieno, alla piena comodità. Così nella *l. 34, § 7, de l. 2*, Modestino nel fidecommesso « *εἰ' ς βίου χρῆσιν, καὶ ἐπικαρπίαν* (ad vitae usum et fructum) » scorge per le circostanze della fatti

specie un fidecommesso di dominio.[1] E per l'istesso metodo *possessiones* sono detti i dominii stessi, ossia gli oggetti del dominio, i nostri fondi, in varii testi; come nelle *l. 78 de V. S. l. 2, C. de probation. l. 2, C. de serv. et aqua.* Con simile pensiero, benchè non del tutto eguale, era usato il nome *possessor* nell'Editto sulla liberazione de' chiamati in giudizio dall'obbligo di prestare satisdazione *l. 15 qui satisd.* L'accezione di questa parola in tale Editto ricorda molto la parola italiana *abbienti*. Trovasi anche lo stesso uso della parola *possessores* nelle *l. 1 de decr. ab ord. fac., l. 3, C. de vend. reb. civit.*[2]

§ 82.

3° Talvolta la parola possesso è usata per significare lo stato di chi durante un giudizio reale gode di fatto; benchè in tal godimento non vi siano tutti gli estremi d'un possesso vero, però sempre vi si ritrova il godimento materiale in opposizione al dritto (§ 450).

§ 83.

Finalmente 4° la stessa parola viene adoperata dove non esiste un proprio possesso per la mancanza d'idoneo oggetto. A significare l'attività esercitata sopra una *res divini juris* come se fosse di dritto umano, e sopra una persona libera

---

[1] Agg. il mio libro *Del dritto d'accrescere fra coeredi e fra collegatari pag. 143 n. 89.*

[2] Mentre talvolta la parola *possesso* è presa a significare il fondo su cui si abbia il dominio; FESTO *v. possessiones*, ISIDORO *Orig. 15, 13.*, citati da noi al § 35, la pigliano a significare il fondo ma in un modo più speciale e conveniente all'altro senso traslato di cui parlammo in primo luogo. — Talvolta si trova il doppio aspetto di diritto, unito all'altro di godimento come sopra esposto, nella espressione *dominus possessionis l. 7 de incend. ruina naufr. l. 2, C. ubi in rem actio, Cod. Gregor. III, 4, Const. 1.* — Sulle idee suesposte si trova talvolta adoperato per converso il nome di dominio a significare il solo uso, p. e. *dominus* di un sepolcro, *l. 6 de sepulchro viol.*

come se fosse serva, o sopra una donna come se fosse costituita sotto marital potere mentre non lo è (§ 170). A significare un contenersi di fatto d'una persona, corrispondente all'esercizio d'un dritto o di essa persona riguardo a se stessa, o d'un altra persona sopra di lei (*possessio libertatis, ingenuitatis*; *possessio servitutis, libertinitatis* § 453). — Ne'sensi traslati, che abbiamo fin qui esaminato, si esprime una posizione in quanto è o si contempla più o meno staccata dall'idea del dritto, è o si contempla più o meno come posizione di fatto. Ecco perchè fu potuto adoperare, anche impropriamente, il vocabolo di possesso.

§ 84.

Possiamo ora chiudere questo primo capo del nostro trattato. Il possesso è un fatto. Definito esattamente secondo il suo primitivo e semplice concetto, non abbandonato dal diritto romano, è: La fisica detenzione della cosa, per cui l'uomo esercita la sua attività sulla medesima esclusivamente e non momentaneamente. — Descritto largamente secondo il complesso delle principali considerazioni, in che lo riguarda il dritto positivo, è: La detenzione fisica, od altro stato di fatto considerato per equivalente dalle leggi, per cui l'uomo esercita in attualità o in potenza la sua attività sulla cosa esclusivamente e non momentaneamente, ed a cui talvolta è data dalle leggi efficacia e protezione. — Pertanto la difesa, la protezione del possesso non deriva dalla sua semplice natura, dalla sua virtù assoluta, ma direttamente dal dritto positivo in vista dei suoi rapporti esteriori, ossia della gran ragione di convenienza, che nella indecisa questione di dritto s'abbiano a lasciar le cose come stanno, si lasci possedere chi ha fin qui posseduto.

CAPO SECONDO.

Delle varie speci del possesso; e di più possessori simultanei sopra una stessa cosa.

§ 85.

Troviamo nel dritto nostro varie distinzioni del possesso. Troviamo il possesso detto o *di buona fede*, o *non di buona*, *di mala fede;* lo troviamo detto o *giusto* o *ingiusto;* inoltre o *visioso* o *non visioso;* e, quel che è di gran lunga più degno di studio, o *civile* o *naturale*. — La prima distinzione viene enunciata nella *l. 3*, *§ 22*, *h. t.* « Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species: ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide. » Possesso di b. f. si dice quello di chi creda di essere autorizzato a possedere la cosa in quel modo in cui la possiede, o lo sia in verità o non lo sia. Così un creditore, cui il debitore ha dato a pegno una cosa altrui, se creda di averla presa da lui padrone, è possessore di b. f. quando la possegga come i creditori sogliono possedere i loro pegni legalmente costituiti, *l. 22*, *§ 2 de pign. act.* L'applicazione a coloro che posseggano come sogliono possedere i padroni e precisamente per l'adempimento del requisito di b. f. nelle ussucapioni, la vedremo largamente § 494 e segg. — Quanto al possessore di b. f. aggiungo, che troviamo talvolta il possesso di b. f. nel giudizio di R. V. precedentemente alla L. C. esser chiamato legittimo, in quanto che chi lo ha non è responsabile per negligenze ed abusi commessi sulla cosa al pari che se fosse per legge padrone. Così nella *l. 10*, *C. h. t.* (ved. § 76). Cujacio *ad h. t. Cod.* IX, *1007*, *B.* non bene scrive, che in quel testo legittimo è detto il possesso in quanto ha la difesa degl'interdetti. Giacchè allora non avrebbe dovuto Costantino dir legittimo solo il possesso precedente alla L. C.

Niuno ha mai detto che se mentre un possessore sostiene giudizio di R. V. venga da alcuno turbato, o scacciato dal suo possesso, non abbia gl' interdetti.

§ 86.

La seconda distinzione differisce dalla prima, come la verità in se presa differisce dall' opinione. Giusto è il possesso ritenuto da chi è veramente autorizzato, ingiusto quello ritenuto da chi non lo è. Quindi egregiamente Paolo *l. 11, h. t.* « Juste possidet qui auctore prætore possidet. » Non mi sembra che abbia ragione Cujacio *ad. h. leg. VIII, 271, D.* intendendo de' soli *missi in possessionem ex secundo decreto.* Vedremo (§ 117), che anche i *missi ex primo decreto* hanno un possesso. Nè a dirlo giusto fa ostacolo che essi non siano padroni. Non lo sono i creditori del pegno, non gli aventi a precario; eppure perchè sono autorizzati giusto è detto il loro possesso, *l. 13, § 1 de publ. in rem act., l. 22, § 1 de noxal. act., l. 7, § 4 de comm. divid.* Non c' è ragione per cui neghiamo tal predicato di giusto al possesso de' *missi ex primo decreto,* i quali pure hanno una « justa causa possidendi » *d. l. 7, § 8 de comm. div.*, tanto più che essi hanno una specie di pegno (§ 115).

§ 87.

Vizioso propriamente parlando dicesi il possesso che sia acquistato colla violenza, o clandestinamente, o a precario *l. 13, § 1, 13, l. 53, h. t.*, Gaj. *IV, 151.* Considerazione, che è di grande uso nel trattato degl'interdetti. — Questo è il proprio significato. Ma talvolta vizioso si dice il possesso di m. f., *l. 15, § 2 de usurp. et usuc., l. 2, § 11,* (v. § 249) *§ 13 pro emt., l. 7, § 11, eod. tit., l. 11, C. h. t., l. 5, in fi. C. Th. Unde vi.* E talvolta al possesso violento, clandestino, precario viene data l' altra denominazione d'ingiusto *l. 2,* cf. *l. 1, § 9 uti poss.*, Gaj. *IV, 151, vers. itaque*; come di giusto a quello che non fu acquistato con alcuno di que' tre modi *l. 24, h. t.* (§ 248).

§ 88.

Uno de' punti più discussi del nostro trattato è il definire cosa s'intenda per possesso *naturale* e possesso *civile*. Anche qui abbiamo una lunga serie di tentamenti, e noi dobbiamo esporre almeno i più ragguardevoli. Dai glossatori furono dette in proposito cose sottili assai. Piacentino e Bassiano nello spiegare quella distinzione riguardarono separatamente i due elementi del corpo, e dell'animo come da loro concepito nel possesso. Piacentino *Summ. in cod. tit. de possess.* dice, che un possesso senza l'*animus domini è possessio naturalis*, un possesso coll'*animus domini* ma senza detenzione (il possesso che i giureconsulti dicono aversi *solo animo* § 47) è *possessio civilis*, un possesso con quell'*animus* e colla detenzione è *possessio naturalis simul et civilis*. « Ecce enim si quis annulum in digito habet, et civiliter possidet id est animo, et naturaliter idest corpore. Civiliter solummodo quis possidet, puta saltus hibernos quos nullus alius desinet. » E mentre ha definito che il vero e proprio possesso è solo il possesso naturale (al § 4 riportai le sue parole), viene invece a dire « Haec profecto naturalis possessio in jure nostro non recte dicitur absolute possessio, sed est oppositio in adjecto. Ut enim quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis et ad vivum consideratis, ut reor esse non potest. » Pone così in diretta contradizione le leggi col concetto vero del possesso. — Bassiano anche più marcatamente fa quella separazione dei due elementi, secondo che riferisce Odofredo *comment. ad l. 4, C. h. t. num. 12*. « Dixit Johannes, duæ sunt possessiones ejusdem rei, et duæ substantiæ possessionis ejusdem rei, una civilis et alia naturalis. Nam si possideo istam rem animo et corpore, ex ea parte, qua possideo animo, possideo civiliter, ex ea parte qua possideo corpore, possideo naturaliter.... igitur apparet, quod aliquis potest possidere civiliter et naturaliter, vel civiliter tantum, vel naturaliter tantum. » E dichiara così « respondebat Johannes, ea, quæ consistit in animo, dicitur civilis, quia veritate inspecta non possidemus, sed

fictione juris fingimur possidere; sed ea quæ consistit in corpore, dicitur naturalis, quia naturalibus intervenientibus, sedendo et palpando quæritur et retinetur. » Non s'intende poi come a queste definizioni combinate colle sue viste sull'*animus* (§ 5) possa accordarsi ciò che dello stesso Bassiano ci riferisce la Glossa *ad l. 1, § 3, ad l. 3, § 5, h. t.* e *ad l. 4, C. eod.*, aver egli sostenuto esser naturale il possesso del fruttuario, del vassallo, e dell'enfiteuta, negando al colono ogni possesso e riconoscendo in questo solo una *detentatio.* [1]

§ 89.

Azone per converso *Summ. in Cod. de possess. n. 5. 14, seg.* insistendo sulle orme di Rogerio proclamò, che possesso naturale s'intende e si chiama, ove oltre il corpo si trova anche l'animo: « Haec talis possessio, quam quis corpore suo et animi affectu adipiscitur, naturalis est idest de jure naturali. » Possessor naturale secondo lui è anche il padrone finchè col suo corpo o con quello d'un suo rappresentante (colono, depositario, comodatario) insista sulla cosa: cessa di esser tale ed incomincia allora a diventare possessore civile, quando si allontani dalla cosa stessa e ne ritenga il possesso *solo animo.* Però se la detenzione si trovi presso uno che abbia un dritto reale (usufruttuario, enfiteuta), il possessore naturale è per Azone questo avente diritto reale, ed il padrone diventa anche qui possessore civile; l'usufruttuario poi e l'enfiteuta sempre sono possessori naturali anche quando ritengano il possesso *solo animo*: » habet civilem possessionem proprietarius qui rem alii concessit fruendi causa vel in emphyteusim. Fructuarius vero vel emphyteuta naturalem habent possessionem » *n. 15,* « dicunt quidam eos habere quandam civilem respectu

[1] « Non omnis detentatio est possessio sed triplex est; nam alia civilis alia naturalis, alia detentatio, qualem etiam habet colonus » *d. gloss. ad l. 1. § 3. h. t.* Veramente delle opinioni di BASSIANO non abbiamo sicure notizie, mentre non ne sappiamo che quanto ce ne vien riferito da ODOFREDO e dalle aride espressioni della Glossa.

naturalis; sed quæ vel qualis sit ista quædam civilis, lex non dicit, nec nos intelligere possumus » *n. 21.* Così Azone spessissimo esclude dal possesso civile lo stesso padrone nonchè il possessore che si trovi in condizione di usucapire; ed or piglia il carattere della distinzione fra *possessio naturalis* e *possessio civilis* dal posseder corporalmente o *solo animo*, ed ora lo abbandona.

§ 90.

Il comune pensiero in queste antiche opinioni si è, che la *possessio civilis* sia quella che si ritiene da chi si è dipartito dalla cosa senza animo di abbandonarne il possesso, ossia *solo animo*, mentre la detenzione vera forma il concetto della *possessio naturalis.* E questo pensiero rimase predominante per ben lungo tempo e fra i posteriori scrittori e nel foro ed anche nelle legislazioni.[1] Lo ritroviamo in Italia per esempio presso Odofredo, Cino, Baldo, e specialmente presso Dino *ad tit. de reg. jur. lib. 6, reg. 3*, e poi presso Alciato in *l. 115, de verb. signif.* In Ispagna apparisce nelle *Siete Partidas* di Alfonso X. *l. 2, III. 30* » la *natural* es, quando home tiene la cosa por si mesmo corporalmiente — *civilis* es, quando algunt home sale de casa, de que el es tenedor, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede home siempre estar en ella. » Lo abbiamo in Francia presso Duareno *disp. I, 18.* « possessor naturalis, qui corpore incumbit rei eo animo, ut vel suo vel alieno animo possideat... Civiliter vero possidet, qui quamvis rei non insistat, civilis juris interpretatione

[1] Non mancarono talvolta nuove idee. Fra le quali rimarchevole quella di Bartolo *ad l. 1, pr. h. t. n. 7-12* che chiama possesso civile quello atto a produrre effetti civili rispetto al dominio, possesso naturale quello atto a produrre effetti civili rispetto agli altri diritti reali ed alla percezione de' frutti. Inventa poi una terza specie distinta, *possessio corporalis*, alla quale esso confina il padrone, e che definisce essere il possesso producente l'effetto della ritenzione e della ricupera. Opinione abbandonata universalmente anche dai contemporanei di Bartolo, e chiamata da Saliceto *ad l. 1, pr. h. t.* col nome di truffa.

eam tenere ac possidere intelligitur; » e ne' Paesi Bassi presso Voet *ad h. tit. num. 3.* — È fra i maestri francesi del secolo xvi, che si sviluppa una serie di nuovi concetti. Connano allontanandosi bruscamente dai glossatori dice di essi che « videntur sibi ingeniosi neque se in media ignorantia hærere intelligunt » *commentar. III, 8;* mentre perversamente intendendo la separazione che nella sfera de' concetti si fa fra dominio e possesso ne' testi nostri, pronuncia esso stesso un grave errore, che cioè il proprietario non può essere possessore delle sue proprie cose. Donello *comm. V, 6*, sostiene che alcune volte per *possessio civilis* s' intende *la possessio justa*, e per *possessio naturalis* la *possessio injusta;* altre volte per *possessio civilis* la *possessio vera*, per *possessio naturalis* la *possessio non vera sed quae abusive sic dicitur,* ed a questa annovera i possessi del colono, dell' usufruttario, del creditore sul pegno. Buona la prima accezione benchè messa in troppa luce, mentre non è che impropria e di analogia, usata, come vedremo, in pochissimi testi. Difettosa la seconda, se non altro per questo che il possesso del colono vi è messo sotto una denominazione medesima con quello non solo dell' usufruttario ma anche del creditore sul pegno, in opposizione ai testi i quali tanto diversamente li giudicano. Varia Cujacio. Nelle *observ. IX, 33,* dice che possesso civile è quello che si ha *animo, opinione, cogitatione domini*, che « apprehenditur et possidetur ex justa causa acquirendi dominii; » ascrive al possesso naturale quello del ladro e dell' invasore, quello del conjuge donatario, del precarista, del creditore nel pegno, del sequestratario: nega l' uno e l' altro possesso al comodatario, al conduttore, ai *missi in possessionem*, al fruttuario, i quali siccome *non sibi possident* così non posseggono secondo Cujacio neppure naturalmente, ma *sunt in possessione.* Nelle stesse *observ. XVIII, 24* si riproducono le medesime idee. A questa opinione, dove non si comprende perchè si dica che il precarista il creditore e finanche il sequestratario *sibi possident*, e ciò si neghi all' usufruttario, nè s' intende perchè conduttore usufruttuario e tanti altri, che pur secondo il concetto della ragion comune certamente posseggono, siano esclusi anche dal possesso na-

turale e ridotti ad una posizione meramente negativa; a questa opinione, ripeto, non rimase fedele Cujacio. Nel *lib. 54*, Paul. *ad Ed.*, *ad l. 1*, *pr. h. t.* parla solo di possesso civile e naturale, e nel secondo dà posto anche all'usufruttuario. Però accenna ad escluderne il ladro e l'invasore, perchè dice che « etsi naturalis possessio non consistat jure domini, consistit tamen alio jure. » Altrettanto apparisce nè *paratitl. ad Cod. h. t.* « Civilis...... definitur detentio quæ constat jure et animo domini, puta detentore credente esse dominum et detinente rem ex causa qua dominium quaeri solet — naturalis...... est detentio rei citra jus affectionemque domini, non tamen citra jus aliquod affectionemque. » Più risolutamente *ad l. 1*, *§ 1*, *h. t. VIII*, *239*, *D.* « Eam quæ nullo jure impudenter a praedone nullum jus, nullum titulum adfingente vel prætexente sibi, possidetur, jus non novit, non spectat. » Tanto che si esprime *ad § 4*, *I. per quas pers. cuiq. acquir.* « Est civilis possessio, est naturalis, est corporalis. Civilis, naturalis justa est: corporalis injusta »; tornando così all'infelice idea di Bartolo (not. 1). Il saggio, che abbiamo dato, mostra come s'inviluppassero le opinioni. Onde Leyser nel secolo XVIII scrisse *medit. 451*, *4.* « interpretes rem ita explicarunt, ut, ipsi quid velint, ignorent. Et agnosco immedicabile vulnus, cui plene mederi nec ipse audeo. »

§ 91.

Particolar studio pose il Savigny a chiarire la nostra distinzione, *pag. 49*, *segg.* Già vedemmo (§ 2) come i greci per possesso civile intendessero il possesso atto alla usucapione. Questa opinione, che mai mancò di fautori ed è stata esplicitamente difesa da Vinnio *quaest. select. II*, *36*, forma il punto di partenza per Savigny. Egli dice essere la *possessio civilis* quella che giova ad usucapire (usucapionbesitz). Poichè dei due effetti che esso assegna al possesso, usucapione cioè ed interdetti, l'usucapione dice essere di dritto civile, gl'interdetti di dritto pretorio; mentre quella le leggi, questi gli editti hanno introdotto. Onde il civil possesso riferisce esclusiva-

mente alla usucapione. Dice in seguito che la parola *possessio*, presa semplicemente ed in senso tecnico, significa possesso che giova a muovere gl' interdetti (interdictenbesitz). Finalmente che l' espressione *possessio naturalis* ha solamente un significato negativo, e designa quella detenzione, o possesso detto in senso generico e non tecnico, che non genera effetti giuridici. Che essa importa negazione del possesso tecnicamente preso; ossia che quanto al possesso civile significa la negazione del diritto di usucapire, quanto al possesso semplicemente detto la negazione del diritto di promuovere gli interdetti. Onde ei riprende questa maniera d' argomentare: Possiede naturalmente, dunque possiede. — I principali argomenti, che per questa opinione il Savigny desume dal testo, sono i seguenti. Onde provare che possesso civile è quello idoneo all' usucapione, e che possesso naturale in opposizione ad esso è l' inetto alla usucapione medesima, Savigny allega le *l. 3, § 15 ad exhib., l. 1, § 9, 10 de vi.* Per provare che possesso semplicemente è quello atto agl'interdetti, e che in contrasto con esso il possesso naturale è quello impari ai medesimi, allega i testi che al possesso oppongono il possesso naturale esprimendolo anche colle parole « esse in possessione » o simili [1], e combina tali testi cogli altri che lo « esse in possessione » oppongono al possesso generatore d' interdetti, mentovando principalmente la *l. 9 de R. V.*

§ 92.

Che questa opinione di Savigny non sia consona al vero, lo provano i frammenti, che noi riporteremo esponendo la nostra; frammenti, i quali non possono esser spiegati colle strette vedute che Savigny si è formato sulla *civilis possessio.* [1] Per ora osserviamo, che secondo questo autore il possesso civile non sarebbe stato introdotto in opposizione al naturale

[1] Riporteremo questi testi nel § 102.

[1] Si possono consultare intanto le *l. 24, h. t., l. 38, § 7, 8 de V. O., l. 2, § 1 pro her.*

ma al possesso semplice o pretorio, come neppure il possesso naturale sarebbe stato indotto in contrasto assoluto col civile ma con esso ed anche col semplice. Ma ciò è contro l'uso costante, per cui il predicato *civilis* è in stretta e propria opposizione coll'altro *naturalis*; di modo che con questa duplice espressione ogni materia è assorbita senza che vi sia posto per una terza. Così quando si dice civile e naturale cognazione, civile e naturale obbligazione, civile e naturale risoluzione delle obbligazioni, [1] civile e naturale appellazione dei beni. [2] Nè suffraga a Savigny ciò che esso nota sullo essere gl'interdetti di gius pretorio, non doversi perciò dire rapporto ad essi possesso civile. Poichè se è vero che talvolta il diritto civile si dice in contrasto col pretorio; ciò non è punto esclusivo. Talora in più stretto senso si prende per le risposte de'prudenti *l. 2, § 5, 12 de O. I.*; spesso in senso più lato « quod quisque populus ipse sibi constituit id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile » *§ 1, I. de jur. nat. gent. et civ.* e qui anche il dritto pretorio è contenuto. Infatti Petronio *Satyr. c. 13,* riduce gl'interdetti al dritto civile. « Jure civili dimicandum, ut si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum veniret. » E mal risponde Savigny non aver Petronio autorità in frase giuridica. Mentre per essere stati i romani scrittori, anche non giureconsulti, esperti della nomenclatura giuridica, tutti quanti commentano il diritto romano si valgono frequentemente de' loro scritti, come delle commedie di Plauto e simili. — Insistendo sulle distinzioni, che trovansi nel testo affini alla nostra, nella *l. 16, § 3, 4 de fidejussor*, si trovano alle naturali obbligazioni opposte le civili in modo da comprendere in queste anche le pretorie. [3]

§ 93.

Sui due testi allegati da Savigny in prova diretta della sua intelligenza del possesso civile, vedi § 107, 121. Quanto

---

[1] *L. 107 de solutionib.*

[2] *L. 49. de V. S.*

[3] Che in stretto senso sono distinte dalle civili nel *§ 1, I. de obligat.*

ai frammenti da esso invocati per provare che possesso semplicemente significa lo idoneo agl'interdetti, e che possesso naturale in opposizione ad esso vuol dire lo inetto ai medesimi; ammettiamo che testi vi siano ove la parola possesso viene opposta a quello che è possesso naturale. Ma ciò prova solo, come vedremo a suo luogo (§ 102), che in senso antonomastico il nome di possesso è sovente riservato a quello riconosciuto efficacemente dal dritto nostro per cui n'è escluso il meramente naturale. Non conchiude logicamente, che anche in questi luoghi il semplice nome di possesso appartenga a quello, che non la usucapione genera ma bensì gl'interdetti. In tale senso antonomastico parla la *d. l. 9, de R. V.* dal *vers. Denique* al fine. Che se il giureconsulto in questo frammento in opposizione all' « esse in possessione » o « tenere » parla solo del possesso il quale produce interdetti, non di quello produttore di usucapione; ciò è per la ragione, che ivi si disputava chi fosse idoneo reo convenuto nella R. V., se bastasse che altri tenesse ossia possedesse naturalmente. Proculo lo negava, e idoneo credeva il possessore riconosciuto dal diritto coll'accordargli o l'usucapione o gl'interdetti. Per esprimere ciò, Ulpiano sceglie di parlare del possesso riconosciuto atto agl'interdetti, sia perchè più comprensivo del possesso riconosciuto atto alla usucapione, sia perchè più omogeneo alla presente disputa la quale si aggirava sulle persone ne'giudizi, ora gl'interdetti spettano a quest'ordine d'idee.

§ 94.

L'opinione di Savigny è piaciuta a Rudorff, a Puchta, a Machelard [1] e ad altri. Attesta Windscheid *§ 148 no. 12*, che essa è la dominante. Altri l'accetta, aggiunte però delle modificazioni che sembrano prese dalle opinioni di Burchardi e di Vangerow. [2] Ma non pochi l'hanno abbandonata. Rimarche-

---

[1] Rudorff *Zus. zu Sav.* 7ª ediz.; Puchta *Pand.* § 124; Machelard *Interdicts* pag. 161 segg.

[2] Come Bruns *Recht des Besitz.* specialmente a pag. 20, 21, 25, e Molitor *La possession* specialmente a pag. 9, 10.

vole fra gli altri il Vangerow *Pand. I. § 199. no.*, che sulle traccie di Burchardi [3] ritiene civil possesso esser quello che si ha e si può avere coll'*animus domini*, nè lo ristringe al solo effetto della usucapione. Naturale poi dice essere il possesso che si ha senza l'animo di padrone, o che di fatto si ha con tale animo, ma non si può avere perchè la cosa sia fuori di commercio o il possessore sia incapace di proprietà o il possesso derivi da un affare civilmente invalido. Onde nel coniuge donatario scorge un possesso meramente naturale. A spiegare poi come il coniuge donatario ed altri simili possessori abbiano gl'interdetti, dice, che in tali possessi apparisce la singolarità che il detentore non possegga in nome altrui, e che niun terzo abbia il possesso relativo alla proprietà, così che sia fluida la dazione degl'interdetti a quel detentore per mancanza di altri che potesse esercitarli. Poco soddisfacente opinione, che stabilisce una teoria, e lascia poi un gruppo ben importante di casi fuori della medesima, spiegandoli con vedute ad essa del tutto estranee. — Non molto dalle idee di Vangerow si allontana Windscheid *§ 149, no. 19.* Dice che in primo luogo *possessio naturalis* significa lo aver di fatto la cosa senza *animus domini*, o dove l'*animus domini* c'è ma non riconosciuto dal dritto civile; *possessio civilis* lo avere di fatto la cosa con *animus domini*, o dove tale rapporto è finto dal dritto civile. Oltre questo principale significato esservene un altro; che cioè la *possessio civilis* sia il possesso approvato dal dritto civile ossia il possesso giusto; e la *possessio naturalis* sia il possesso non approvato, vale a dire l'ingiusto; ed in questo secondo senso esser naturale il possesso del conjuge donatario. Osserva a parte, che nella *l. 3, § 13, h. t.* si dice possesso naturale in opposizione al possesso conformato solo civilmente. [4] Ben volentieri riconosciamo

---

[3] *Arch. für civ. Pr. 20 II.*

[4] Non mi sembra che ARNDTS *§ 136 no. 2 pr.* intenda bene WINDSCHEID quando riferisce aver esso fatto notare che nella *l. 3 § 13. naturalis possessio* significa il possesso giuridico colla dominazione materiale ed immediata. Windscheid dice solo, che vi significa la dominazione materiale im-

che Windscheid ha più volte toccato quella che a noi sembra essere la verità. Non possiamo però accettare la sua opinione, non solo per aver lasciato staccata, e fuori del corpo dello sviluppo, quella sua spiegazione della *l. 3*, *§ 13*, *h. t.*, e per aver invece dato un posto troppo distinto all'accezione rara ed impropria del possesso civile per giusto e del naturale per ingiusto; ma perchè la sua principale accezione resta viziata da quel solito *animus domini* nel possesso civile, e da quella sua idea che il dritto finga in un forte gruppo di casi la presenza degli elementi del medesimo possesso civile laddove in realtà non esistono (ved. § 20).

§ 95.

Un gruppo di scrittori assai recenti inclina a disperare che questo vecchio problema possa ricevere una soluzione. Maynz *§ 169* dice prima, che secondo lui il possesso naturale è quello dove manca l'animo di possedere, il possesso assolutamente detto è quello in cui al potere fisico si aggiunge l'intenzione di possedere, il possesso civile è il possesso avente carattere civile sia per la sua origine sia in rapporto ai suoi effetti. E mi pare che non dica giusto; perchè nè si dice possesso quello dove non c'è animo, [1] nè possesso civile mai è detto in vista della sola origine e prescindendo dagli effetti civili. Ma poi soggiunge, che in generale questa terminologia non ha presso i romani significato preciso e rigoroso. Randa *p. 52. no 6*, *fi.* confessa, che non è ancora

---

mediata, ma non in quanto sia possesso giuridico. Come pure mi sembra che a torto lo rimproveri *ib. circ. fin.* d'aver negato il possesso civile al coniuge donatario per la ragione che il dritto non approva il suo possesso, dappoichè il possesso di m. f. e quello del ladro sono pur peggiori e non ostante Windscheid li riconosce per civili. Imperocchè questo autore nega il possesso civile al coniuge donatario solo nel secondo suo senso, e lì lo negherebbe anche al ladro e simili, ma nel senso primo non nega possesso civile nè al ladro nè al coniuge donatario.

[1] Vedremo che in un solo testo si dà il nome di possesso alla detenzione prescindendo dall'animo, cioè nella *l. 3*, *§ 3*, *h. t.* (§ 101).

chiarito se presso i Romani avesse questa distinzione uno scopo pratico, e quale fosse. Ed il recentissimo Meischeider *p. 83 seg.* scrive, bensì dubbiosamente (« vielleicht ») e vagamente, che possesso civile fosse detto a significare quel potere che il dritto riconosce come possesso, dirimpetto a quello che in senso giuridico non vale per tale: e che poi ne' singoli casi di possesso giuridico ora si chiamasse possesso civile quello che è più prossimo d'un altro, allor chiamato naturale, al pieno accordo col dritto; ora si chiamasse possesso civile quello a cui è unita la volontà di aver la cosa come propria, chiamato naturale quello dove manca simile volontà. Ma sostiene, che in verità nella *possessio civilis* non si può ritrovare l'espressione d'un concetto giuridico di assoluto valore, che essa o non l'ha mai avuta o a tempo de' classici giureconsulti l'avea perduta, cosicchè i loro frammenti non si possono da noi ridurre ad un insieme; [1] e che soffre anche in più alto grado d'indeterminazione la espressione *possessio naturalis.* — Con tali scoraggianti pensieri si chiudono gli studi di tanti secoli.

§ 96.

Eppure tentiamo ancora. Dicemmo (§ 84) che il possesso, riguardato il complesso delle considerazioni in cui lo considera il dritto romano, è: La detenzione fisica o altro stato di fatto tenuto dalle leggi per equivalente, per cui l'uomo o attualmente o potenzialmente esercita la sua attività sulla cosa in modo esclusivo e non momentaneo, ed a cui è data talora efficacia e protezione dalle leggi. Questo generale concetto si divide in due speci o parziali ispezioni, di *possesso civile* e di *possesso naturale.* Possesso naturale si dice a mio avviso in quanto si riguarda più o meno alla nozione semplice e primitiva che secondo la ragion comune ha il possesso, della quale parlammo § 39, e si prescinde più o meno

[1] « Wir....nicht einmal zu einem Torso zusammenstellen können. »

dalle operazioni che vi ha fatte sopra il dritto civile. [1] Possesso civile per converso si chiama quello, di cui la esistenza è stata dal dritto civile riconosciuta o dentro o oltre i limiti di quel semplice e primitivo concetto, e che è stato da esso munito de' suoi effetti o tutti attribuendoglieli o alcuno. — Una prima dimostrazione si prende dalle simili accezioni in altre eguali distinzioni. Buon argomento, perchè non c'è ragione di credere che nella distinzione nostra siano gli autori del dritto receduti dalle solite idee che loro si presentavano in simili casi. Quando troviamo la *cognatio naturalis* e la *civilis*, la *naturalis* e la *civilis obligatio*, abbiamo sempre due speci di un complessivo concetto quale trovasi nel dritto positivo: la *naturalis* è detta in quanto si prescinde da lavori del dritto medesimo, la *civilis* in quanto si tien conto di essi. Già diversi scrittori hanno nella presente disputa arrecato simili distinzioni per chiarirla, benchè ci sia sembrato che questa buona idea non abbia menato a felici risultati per le vie che i medesimi han scelto nell'applicarla. — Ma veniamo a prove più dirette dai testi. Che *possesso civile* sia quello che, riconosciuto dal dritto civile, produce effetti civili, o tutti o almeno alcuno, è provato da tutti i testi dove esso viene espresso. La *l. 3, § 15, cf. ll. segg. ad exhib.* la *l. 2, § 1,* [2] *cf. § 2 pro her.* pongono il possessore civile dirimpetto a categoria di possessori che non hanno nè usucapioni nè interdetti. [3] Nella *l. 7, § 1 ad exhib.* è negato il possesso civile laddove non si ha usucapione nè interdetti (§ 197 e 204). Nelle *l. 24, h. t. l. 38, § 7, 8 de V. O.* il possesso civile è negato nel servo che non può nè usucapire nè esercitare interdetti. [4]

---

[1] Prendo la espressione *dritto civile* nel lato senso onde significhi anche il pretorio (§ 92).

[2] È del tutto casuale che solo in questo frammento si trovi l'espressione « possessio civilis » mentre negli altri leggiamo « civiliter possidere, ne civili possidere, civiliter incumbere possessioni. »

[3] Quanto all'ultimo inciso della *d. l. 3, § 15 ad exhib.* vedi § 121.

[4] Cf. § 109. — Delle *l. 26, pr. de don. i. v. e. u.* e *l. 1, § 9, de vi,* che sono gli altri testi ove si tratta di possesso civile, parleremo al § 108.

§ 97.

Del possesso naturale dissi che vi si riguarda più o meno la nozione semplice primitiva quale il possesso ha giusta la comun ragione, e più o meno vi si prescinde dalle operazioni del dritto civile. In verità si prende primieramente talvolta escludendo le civili conformazioni e prescindendo dagli effetti civili, insomma combina con quella semplice definizione che demmo nel § 39. Così lo prende Paolo *l. 1, § 1, h. t.* « Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, » e soggiunge gli esempi della caccia, della occupazione bellica, dell'occupazione dell'isola nata nel mare, dell'invenzione delle gemme, de' lapilli, delle perle ne' lidi. Modi tutti d'acquistare il possesso secondo la semplicità della natura, usati prima che sviluppassero maggiori bisogni, si formassero le leggi civili. Ecco il possesso naturale riportato alla piena semplicità della natura. Altrettanto si deve dire della *l. 3, § 13, h. t.* ove lo stesso Paolo oppone il possesso naturale a quello che si ritiene col solo animo, introdotto dai posteriori usi degli uomini e dal dritto civile, e per cui si amplifica il semplice concetto, siccome a suo luogo vedemmo.

§ 98.

Fin qui abbiam trovato il possesso naturale riportato pienamente alla semplice nozione con assoluto prescindere da ambedue le operazioni civili (§ 45). Sovente quel rapporto è minore, minore cotesto prescindere. Sempre resta l'idea di relazione alla semplicità della nozione e del prescindere dalla operazione civile, ma in grado minore. Vale a dire si prescinde solamente dagli effetti, non si escludono le operazioni estensive de' limiti per mezzo di ampliazioni negli acquisti e nelle ritenzioni; che del resto il dritto civile fece non abbandonando del tutto il primitivo concetto ma conservando analogia col medesimo. Così che quando si dice possesso naturale s'intende solamente, che non si danno gli effetti

del dritto civile, ma si comprende anche quel possesso che per via di tali ampliazioni si acquista o si conserva. Tornando alle simili denominazioni, vediamo che quest'accezione non è punto nuova. Diciamo obbligazione naturale quella de' servi e de' figli di famiglia contraenti co' loro padri di famiglia,[1] de'pupilli prossimi alla pubertà contraenti senza l'autorità de' tutori,[2] benchè contratto abbian fatto, civilmente introdotto, p. e. una stipulazione: prescindiamo dunque dall'operazione civile degli effetti ma non da quella della composizione della obbligazione. Così per tutti coloro, ne' quali vedremo nella seconda parte di questo capo riconosciuta solo dai testi una natural possessione e non una civile, ciò è costantemente ritenuto; nè si fa eccezione veruna pel caso che acquistata l'abbiano con un modo civile p. e. cogli occhi e coll'affetto o colla deposizione nella casa o per mezzo di procuratore, o che in civil modo la ritengano, col solo animo. Nell'istesso senso si nega dalla *l. 23, pr. h. t.* la *possessio* laddove non sia *naturaliter comprehensa*, e dalla *l. 53, de a. r. d.* si afferma che il possesso in teoria *naturaliter acquiritur*.

§ 99.

È adunque il possesso naturale in dritto romano un vero e positivo possesso. Ed infatti è nominato spessissimo *possessio*. Lo vedemmo già ne' testi che parlano di *naturalis possessio*: poichè, checchè dica Savigny, l'aggiunta qualifica non distrugge la sostanza, l'aggettivo non annulla il sostantivo. Così, per mai perder di vista le denominazioni analoghe, l'obbligazione naturale è obbligazion vera, come è vera cognazione la cognazion naturale, ecc. Nè basta. Sovente quel possesso, che è realmente naturale, viene detto semplicemente possesso senza quel predicato di naturale che persuase a Savigny l'idea negativa. Così ne' testi ove si parla semplicemente del possesso necessario ne' giudizi *ad exhiben-*

[1] Cf. il mio libro *De obligationib. pag. 309, seg.*
[2] *Ibid. pag. 312, seg.*

dum e reali, mentre al certo non è punto richiesto che sia civile, *l. 3, § 15 ad exhib.*, *l. 62 de judic.* Parimenti nella *l. 21, h. t.* si dice due volte che il servo possiede, senza alcun aggettivo, mentre poscia nell'istesso frammento si dice che egli *tenet.* Nella *l. 38, § 7, de V. O.* la stipulazione: *Possidere mihi licere spondes?* essendo fatta da un servo viene riportata al possesso naturale; dunque questo è contenuto nella parola *possidere.* Nella *l. 2, § 38 né quid in loco publ.* la parola *habere* si spiega così « uti et jure possessionis frui » (add. § 71), e si applica anche al conduttore inchiudendo a questo modo il possesso naturale.[1] Si aggiunga che l'interdetto *de vi armata* viene da Paolo *l. 2, § 3 de interd.* riportato agl'interdetti *recuperandae possessionis* (§ 605), mentre pure e al civile e al naturale possesso indifferentemente appartiene (§ 112). Nè è da omettere, che la *l. 25, C. de loc. et cond.* parla del possesso del conduttore semplicemente, eppure è possesso meramente naturale (d. § 112). Finalmente è da vedere il passo di Cicerone nella orazione *pro Caecina*, di cui parleremo § 150.

§ 100.

Alla esposizione fin qui fatta possono essere opposte tre difficoltà. In primo luogo sembra che abbiam dato troppo poco al possesso naturale. Poichè se in esso si prescindesse dagli effetti civili, perchè mai positivo e vero possesso sarebbe chiamato nel dritto civile? Sembra in secondo luogo che per converso al medesimo naturale possesso abbiam dato troppo; perchè, se fosse vero possesso, sembra che non dovrebbe essere chiamato *detentio*, come pur lo è spessissimo. Finalmente sembra del pari, che lo abbiamo eccessivamente apprezzato, per l'altra ragione che assai frequentemente è

[1] In *d. l. 2, § 38* il *possidere* è preso tanto largamente quanto lo *habere.* Per converso nel *§ 42 ejusd. leg.* è usato più strettamente dello *habere,* per significare il solo possesso civile escluso il naturale, lo che vedremo assai frequente (§ 102). Cf. anche *l. 1, § 33 de vi.*

negato che posseggano i coloni, i servi ecc. i quali ben hanno il naturale possesso come noi lo abbiamo definito. — Rispondo alla prima obiezione. Benchè sovente i civili effetti vengano negati alla fisica detenzione per cui l'uomo esercita nella cosa l'esclusiva e non momentanea attività, stà però sempre che dessa è vero e positivo possesso; nè può il dritto civile negar ciò, o cangiarla in una negazione, senza contradire alla naturale ragione ed alla verità, cf. *l. 6 de just. et jur.* Inoltre è da osservare, che se il possesso naturale è privo di quelli effetti che direttamente sono dati dal dritto civile e dal pretore, non perciò è pienamente invalido nel dritto nostro. Imperocchè entra spessissimo, come osservammo al § 46, quale elemento nella costruzione d'istituti civili, dove il possesso non sta come causa diretta ma come condizione *sine qua non*. Nel deposito, nel comodato, contratti reali, il possesso meramente naturale, generato nel depositario nel comodatario per mezzo della tradizione, è condizione necessaria senza essere causa vera de' rapporti obbligatori, che tal causa hanno nella volontà de' cittadini contraenti. Nel pegno pretorio il possesso solamente naturale, che ha il *missus* per mezzo del suo entrare nella cosa, è necessaria condizione *l. 26 § 1 de pigner. act.* (§ 115); mentre non può dirsi che quel pegno sia effetto del possesso, dato com'è non in considerazione del possesso, non per difendere o regolare questo, ma bensì per difendere quel diritto pel quale la *missio* è accordata. Finalmente, preso il nome di possesso naturale in senso del minor prescindere di cui parlammo nel § 98, cioè di non escludere le amplianti forme civili ma di prescinder solo dai civili effetti, il possesso medesimo è necessario compagno del vero possesso civile, appunto perchè contiene ogni forma di possedere. Così è dimostrata la necessità che ebbero le leggi nostre di nominare e descrivere il possesso naturale. Passiamo alle altre difficoltà.

§ 101.

Vero egli è che la parola di detenzione è adoperata spesso per quello che è possesso naturale; ma per distogliere la conguenza che dunque questo non sia vero possesso, basterebbe il riflettere che la medesima parola trovasi pur usata a proposito di possesso veramente civile (§ 103). Giova però dichiarar bene questo punto importante. Anzi tutto è da rimarcare che se il natural possesso è sovente chiamato *detentio*, ciò non è perchè esso nella nuda detenzione consista senza gli altri estremi i quali alla costruzione d'un vero possesso sono necessari. Ma solo perchè nel primitivo concetto del possesso, che rimase sempre qual tipo, il posto precipuo e quasi la base sta nella detenzione appunto, cioè nella fisica - relazione. Onde i romani nello indicare e dimostrare piuttosto che definire il possesso naturale si arrestarono a questa. Siccome siamo soliti sì nello scientifico che nel volgare discorso di dimostrare le cose dal loro carattere principale. Anche altrove i romani nel definire ricercarono la base della cosa da definirsi nella semplice idea naturale, e qui si arrestarono. Come nella famosa definizione del gius naturale, data da Ulp. *l. 1. § 3. de just. et jur.* « Jus quod natura omnia animantia docuit » si riguarda l'azione fisica, e non l'intelligenza e la volontà, che pur debbono intervenire in verità affinchè dritto sià. A questo modo si conciliano i testi sopra esposti, ne' quali il nome di possesso è usato pel naturale, con questi altri, nei quali è adoperato il nome di detenzione. A questo modo si spiega come in alcuni frammenti indistintamente si dice *tenere* e *possidere* del servo che ha possesso meramente naturale *l. 1, § 5, l. 49, § 1, h. t.*; del fruttuario e *tenere l. 1, § 8, quod legat.* o *naturaliter tenere l. 49, pr. h. t.*, e *naturaliter possidere l. 12, pr. h. t.*; del depositario *tenere l. 3, § 2, de tab. exh.*, che in questo testo equivale a *quodammodo possidere l. 1, pr. eod.* cf. *l. 63, de V. S.* (§ 170). Nè è dissimile, che per natural possesso, per possedere naturalmente talvolta si dica *corporalis possessio*, *corporaliter tenere*, *corporaliter nacta possessio*, *l. 24, h. t. l. 4. § 13*

de usurp. et usucap. (§ 227 n. 3), *l. 12*, *C. h. t.* Ai quali frammenti è da aggiungere la *l. 49 § 1. h. t.*, dove Papiniano per negare il possesso civile ai servi dice, che onde esista *possessio*, presa tale parola antonomasticamente per possesso civile (§ seg.), non basta che ci sia possesso naturale (non tantum *corporis*... est), ma conviene che siano giustamente consoni i principî generali di dritto affinchè possa generare effetti civili (sup. § 75). Con queste idee si spiega come a ragione d'intima relazione Nerazio e Proculo *l. 3*, *§ 3*, *h. t.* dicono *naturalis possessio* per la nuda detenzione, pel solo atto corporale (§ 219, 220, 332). — Ma appunto perchè veramente la sola detenzione non basta al concetto naturale del possesso, ma altri elementi sono necessari, da noi descritti nel definirlo; altrove il possesso anche naturale viene distinto dalla detenzione, *l. 63 de V. S.* « Penes te amplius est, quam apud te: nam apud te est, quod qualiter qualiter a te teneatur; penes te est, quod quodammodo possidetur » (adde d. § 170).

§. 102.

Resta a sciogliere l'ultima delle tre difficoltà esposte al § 100. È ordinario, che ne' frammenti nella parola *possessio* sia compreso il possesso civile, escluso il naturale. Ma ciò avviene solo per antonomasia. Come nelle servitù talvolta troviamo adoperata tale denominazione esclusivamente per le reali; come nei giudizi il nome di petizione vediamo sovente riservato alle azioni *in rem*; come vedevamo di sopra che l'espressione *jus civile* si può prendere ad esclusione del pretorio; come (per venire a più prossimi esempi) talvolta la parola di obbligazione è riservata alle sole civili p. e. in *pr. I de obligationib.* Di tale natura sono le *l. 1*, *§ 8; l. 3*, *§ 20*, *23; l. 10 § 1; l. 19*, *pr.*; *l. 49*, *pr. § 1*, *h. t.*; *l. 5*, *§ 1. ad exhib.; l. 7*, *pr. de damno inf.; l. 10*, *§ 5, de a. r. d.*; *l. 33*, *§ 1. vers. Cum haec, de usurp. et usuc.*, *l. 3. § 8*, *uti possid.*; *l. 6*, *§ 2*, *de prec.*; *l. 2*, *§ 42*, *ne quid in loc. publ. cf. l. 1. § 33 de vi; § 4, I, per quas pers.; fragm. vatic. § 90.* — Ritenuta questa accezione antonomastica, il possesso naturale viene espresso sovente colle pa-

role in *possessione esse;* lo che significa non possedere, ma aver solo la figura, la forma, la esterna parvenza del possesso; *d. l. 10, § 1. h. t., d. l. 5, § 1 ad exhib., d. l. 7, pr. de damn. inf., l. 1, pr. ne vis fiat ei etc.* Ovvero colle altre simili parole *in fundo morari, esse in praedio, d. l. 6, § 2 de prec.* Ovvero si adopera il verbo *habere d. l. 2. § 42 ne quid in loc. publ.*, o ritorna il *tenere d. l. 49, § 1, h. t., d. l. 5, § 1 ad exhib.* — La opposizione della doppia accezione della parola *possessio* (riguardata cioè la sua piena latitudine che contiene e il civil possesso e il naturale, e riguardata antonomasticamente pel solo civile) apparisce in non pochi frammenti *l. 9, de R. V., l. 5 pr. ut in possession. legator., l. 12 quib. ex caus. in poss.* Ne' quali delle stesse persone che realmente hanno possesso naturale, or si afferma or si nega che posseggano.

§ 103.

Anche un' osservazione sui rapporti fra possesso civile e possesso naturale. Ho esposto di sopra, come nella denominazione di possesso naturale si prescinda dal dritto civile or con maggiore or con minore estensione. Adesso aggiungo, che dalle cose dette è facile conchiudere, che quel prescindere si piglia or con maggiore or con minore intensità. È provato, che v' è separazione d' idee fra naturale e civile possesso, così che quando diciamo possesso naturale prescindiamo dal civile. Ma questa separazione d' idee non importa di sua natura e necessariamente una separazione pratica. Così quando diciamo che una cosa sia vera e per naturale e per civile ragione, due idee pronunciamo fra loro distinte, e pronunciando

---

[1] Così altro è esser libero, altro *in libertate esse* (anche Quintiliano *declam. 340* « scribendo qui in libertate fuerit, satis ostendit, aliud esse in libertate esse, aliud liberum esse »); altro è esser servo, altro *in servitute esse;* altro esser padrone per gius de' quiriti, altro avere *in bonis*. Troviamo anche nella *l. 20 quemadm. serv. amitt.* « in possessione servitutis esse » di colui che non abbia alcuna vera *juris quasi possessio* ma solo parvenza o forma della medesima § 466.

ragion naturale prescindiamo dalla civile; ma pure ammettiamo la reale unione dell'una e dell'altra. Ne' testi, che citammo esaminando la prima prima più stretta ispezione del possesso naturale (§ 97), questo viene enunciato così che del possesso civile la real presenza o inchiusa venga *(l. 1, § 1, h. t.)* o almeno non esclusa *(l. 3, § 13, eod.)*. Anzi il possesso naturale nella seconda ispezione più larga (§ 98) è affatto necessario onde esista un vero possesso civile ed è a questo indispensabil compagno, come già dissi § 100 in fine. Ritenuta questa seconda ispezione, può esistere possesso naturale senza che sia civile, ma non possesso civile senza che sia pur naturale. Ed è per questo che ne' frammenti citati in d. § 98, *l. 23, pr. h. t., l. 53, de a. r. d.* è proclamata l'assoluta necessità della naturale apprensione per l'acquisto del possesso, o si dice che il possesso naturalmente si acquista. Ai quali testi possiamo qui (dopo aver veduto che corporal possesso si dice per possesso naturale § 101) aggiungere la *l. 49, § 1, h. t.* ove del possesso civile si dice che sia necessariamente anche *corporis* (d. § 101), e la *l. 4, § 13 de usurp. et usucap.* dove, per esprimere che io non presi alcun possesso, è detto « corporaliter non sim nactus possessionem. » Da queste cose facilmente s'intende perchè anche nella ripetuta seconda ispezione troviamo detto possesso naturale quello che è certamente civile. Così accade nella *l. 11, de a. r. d.* come dimostreremo al § 290 n. 1: così nella *l. 22, § 1 de prec.*, in cui, che sia naturalmente posseduto, viene espresso di un possesso civile (§ 127). Per simil modo *esse in possessione*, sinonimo, come vedemmo, di possesso naturale, si trova detto di persona che veramente possiede civilmente, nelle *l. 11, § 13 quod vi aut clam; l. 2, C. h. t.; § 5, I, vers. Quin etiam, de interd.;* [1] e *detinere* (cf. § 101) d'un possesso civile *Gaj. III, § 201, § 4, I de interdict.* [2] — Però spesso la opposizione si

---

[1] Similmente è da osservare per la *juris quasi possessio* in una parte della *l. 20. quemadm. serv. amitt.*

[2] Su questo passo delle istituzioni cf. WITTE *Das Interd. uti possid. pag. 78.*

prende più pienamente, di modo che dicendo possesso naturale prescindiamo ed escludiamo la civile anche nella realtà degli eventi per significare quello che in fatto è solamente tale, destituito degli effetti civili; per esempio nella *l. 3, § 15, ad exhib., l. 2, § 1 pro her.* — Adunque il prescindere idealmente dal possesso civile è essenziale pel concetto del possesso naturale, onde è che nel definir questo abbiamo posto da parte il primo; un aumento di esclusione fino ad esser reale, si verifica spesso, ma non sempre. Similmente nell' obbligazione. Talvolta obbligazione naturale si dice prescindendo semplicemente, ma non realmente escludendo l' obbligazione civile. Così quando vien definita, riportandola al dritto delle genti e prescindendo dal dritto civile, « Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem sequuti sumus » Paolo *l. 84, § 1, de R. I.* Lo stesso Paolo nella *l. 10, de O. et A.* riconosce che un' obbligazione può essere e naturale e civile, dicendo che le naturali obbligazioni non sono da ciò solo stimate « si actio aliqua ex his competat, » ma anche se il pagato danaro non possa ripetersi. [1] Ma frequentemente obbligazione naturale dicesi in senso di reale esclusione, cioè di quella obbligazione che in fatto non è punto civile, *l. 13, pr.; l. 38; l. 64 de cond. indeb.; l. 1 de novat.; l. 5, § 2 de solution.; etc.*

§ 104.

Osserverò in fine, che mentre la massa dei testi, che parlano di naturale e di civile possesso, prendono i nomi nel senso suesposto di speci o riguardi parziali del concetto generale che nel dritto romano ha il possesso, alcuni pochissimi li prendono in un senso analogo bensì, ma distinto. Se nella parola possesso si rinvengono significati impropri ma analoghi (§ 80 segg.), non è meraviglia se ve n' è uno anche nella nostra distinzione. Vedemmo (§ 71) nella *l. 2,*

---

[1] Si aggiungano le *l. 19, pr. de cond. indeb., l. 59, pr. vers. videamus ad S. C. Treb., l. 16, § 4 de fidejuss.*

§ 38 ne quid in loco publ. ed in fine della *l. 10, C. h. t.*, che straordinariamente la espressione *jus possessionis* vi si prende non per gli effetti giuridici ma per la causa giusta del possedere. Così anche il possesso civile si prende in qualche testo eccezionalmente per possesso che ha titolo o *justa causa* riconosciuta dal dritto civile, il naturale quello che ne manca; e sotto questo punto di vista sono posti in piena opposizione fra loro. Ciò non è certo equivalente alla spiegazione data di sopra, mentre secondo essa è possesso civile anche nel ladro e nel predone, ai quali competono interdetti. Ma non è punto in contradizione assoluta colle idee onde la medesima è formata. Anche qui nel dire possesso civile al civil diritto si riguarda, intendendosi il possesso che ha per se le disposizioni di questo, come nel dire possesso naturale s'intende quello che non ha per se l'appoggio delle medesime. Benchè non nello stesso punto di vista, vale a dire non riguardo alla esistenza o efficacia del possesso, ma riguardo alle fonti dalle quali esso ebbe origine. I testi, che a questa accezione appartengono, sono la *l. 26, pr. de donat. i. v. e. u.*, e la *l. 1 § 9, de vi*: ne parleremo e confermeremo il detto nel § 108. Windscheid *§ 148, n. 12*, aggiunge la *l. 1, § 2 pro don., in fine.* Ma ivi non si trova espressione alcuna nè di naturale nè di civile possesso.[1]

§ 105.

Ora come applicazione ed insieme come controprova e conferma di ciò che su tal distinzione abbiamo esposto, vediamo de' casi più ragguardevoli o più disputati di possessori. Andremo applicando le nostre teorie: e queste acquisteranno di solidità, se ci riescirà dimostrare che sono in

[1] Non aggiungo la *l. 24. h. t.*, benchè vi si legga « non corporalem possessionem sed justam. » Perchè leggendosi dopo « quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, » apparisce, che là Giavoleno non intese di opporre alla *justa possessio* la *corporalis* come possesso assolutamente ingiusto, ma piuttosto come un possesso nel quale è indifferente la giustizia e la ingiustizia, l'ordinario possesso naturale in tutta la sua ampiezza.

armonia coi frammenti che a tali possessori si riferiscono. In tale occasione svolgeremo la seconda parte di questo secondo capo.

1°. Possesso del padrone e di colui che è in condizione d'usucapire. Questi sono possessi civili, perchè valgono a produrre gli effetti civili. Nel possesso di colui che è in condizione d'usucapire Savigny riconosce la qualifica di civile, mentre secondo esso è, come vedemmo, possesso civile quello appunto che produce l'usucapione. Ma mentre sogliono gli autori assegnare giustamente anche al padrone il civil possesso; Savigny dovrebbe esser portato da questo stesso pensiero a negarglielo, almeno quanto a colui che è padrone *ex jure quiritium*. Spiacevole conseguenza della sua teoria, che, oppostagli da Thibaut, esso invano tenta di eludere in una nota alla 6ª edizione *pag. 107 seg.* Dice che il possesso del proprietario è civile nel senso che ne ha tutti i caratteri necessari (secondo lui, la capacità della cosa ad essere usucapita, la b. f., e la *justa causa)*, benchè non lo sia in quanto non si può escogitar caso possibile in cui il proprietario possa essere interessato ad avere un possesso civile. Non s'intende nel diritto nostro, eminentemente pratico, cosa mai sarebbe quel possesso civile del padrone, del quale non sarebbe possibile l'applicazione; nè si comprende come la usucapibilità della cosa e la b. f. possono segnalarsi per qualificare in qualsiasi rispetto il possesso del padrone, in cui queste due idee non hanno veruna importanza. Per noi, che civil possesso diciamo anche quello atto agli interdetti, non c'è difficoltà per ammetterlo nel padrone.[1]

---

[1] Aggiungo però, che questo possesso civile può essere dal padrone perduto, se esso abbia consegnato ad altri la cosa sua quantunque a persona che suol essere mezzo a conservare il possesso al suo tradente: p. es. se il debitore diè cosa veramente sua in pegno al creditore. Vedremo, che le cose date a pegno ai creditori sono dai debitori tuttora possedute civilmente ma solo all'effetto della usucapione; ora usucapione nel proprietario della cosa stessa non si concepisce.

§ 106.

2°. Il possessore di mala fede, il ladro, il predone, che posseggono come possederebbe il padrone, hanno civil possesso. Non che esso possa usucapire, ma sibbene può aver gli interdetti, p. es. l'*uti possidetis*, tranne il solo caso che abbia acquistato violentemente o clandestinamente o precariamente dall'istessa persona contro la quale impetra l'interdetto. Il diritto nostro dà efficacia a questo possesso non come a possesso di ladro e di predone, ma in quanto che non ammette nella nuda questione di possesso che gli venga fatta opposizione per la sua m. f., in quanto che la b. o m. f. è in tal questione un indifferente come lo è la giustizia o la ingiustizia.

§ 107.

3°. Sul possesso del coniuge donatario, se sia o no civile, è controversia grave. In senso negativo sembrano scritti i testi nelle *l. 3, § 10 de d. i. v. e. u.* Ulp. « ita interdictam i. v. e. u. donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est » *l. 26. pr. eod. tit.* Paol. « jure civili possidere non intelligatur » *l. 46 eod.* Ulp. « Inter v. e. u. nec possessionis ulla donatio est. » E sembra in analogia il negare che fa Paolo l'usucapione *l. 1, § 2 pro don.* « Si i. v. e. u. donatio facta sit, cessat usucapio. » Ma d'altra parte, mentre la parola di possesso è ordinariamente presa pel civile (§ 102), il possesso nel coniuge donatario è costatato da Paolo nella *l. 36. pr. de d. i. v. e. u.* « causam possidendi donatio præstitit. » Anzi nella *d. l. 1, § 2 in fi. pro don.* lo è con tali espressioni da significare manifestamente la qualifica di civile. « Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat »; dacchè sul possesso naturale non poteva cader dubbio nè v'era opportunità d'invocare l'autorità di Giuliano. Anche nella *l. 1, § 4, h. t.* il possesso civile è dallo stesso Paolo stabilito, riportando pur esso la positiva sentenza della

più parte de' giureconsulti, e valendosi di argomentazione che al valore ed efficacia del possesso si riferisce, siccome provai § 79 « Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant possidere eam: quoniam res facti infirmari jure civili non potest, et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem? » [1] Inoltre Terenzio Clemente nella *l. 25. de d. i. v. e. u.* Pomponio nella *l. 3 pro. don.* ammettono il coniuge donatario alla usucapione della cosa che fu obietto della donazione. Sopra tutto poi sembra difficile a spiegare secondo le idee, che ci siamo fatte del naturale e del civile possesso, quanto trovasi scritto nella *l. § 9, 10 de vi.* Poichè nel *§ 9* Ulpiano dice « Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet », e nel *§ 10* reca l'esempio del coniuge donatario « Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdicto uti. » Pertanto dando nel *§ 10* gli interdetti al coniuge, sembra ostare anche Ulpiano ai testi citati in principio di questo paragrafo, nei quali ogni efficacia sembra al suo possesso negata. Ed affermando nell'istesso tempo che esso ha natural possesso e stabilendo nel *§ 9* la massima che l'*unde vi* compete anche ai naturali possessori, sembra contradire a quel che pure ci parve così solidamente fermato, che cioè nel dire possesso naturale si riguarda sempre il possesso prescindendo da ogni effetto

---

[1] Non si può credere quel che altri ha scritto, che Paolo nella *l. 1, § 4* riporti l'opinione di certuni che esso però non abbia seguita. Che i giureconsulti nostri sovente riportino sentenze speciali e le ricusino, è verissimo, e ciò si ha talvolta anche in sentenze di *plerique (l. 13, § 4, h. t.)*. Ma è loro costume, che quando riportano e non disapprovano espressamente, s'intendano approvare; com'è anche nell'uso generale di chi cita autorità puramente e semplicemente. Approvare, dissi, o pienamente o almeno sotto qualche punto di vista *(l. 47, h. t.,* inf. § 333). Molto più quando l'autorità pel numero degli autori citati ha maggior gravità *(cf. l. 99, pr. de l. 3, § 2, I, de serv. praedior.,* inf. § 442) : sommamente poi quando sia citata una opinione comune, come fa Paolo nel nostro frammento, giacchè *plerique* non significa certuni, ma bensì i più.

civile. È questo passo d'Ulpiano insieme alla *d. l. 26. pr. de d. i. v. e. u.* uno di quelli dei quali sommamente si vale Savigny *pag. 59, segg.* per dimostrare il suo assunto; essere il possesso civile solo quello coordinato alla usucapione. Il coniuge donatario, esso dice, non può usucapire *l. 1, § 2 pro don.*, quindi benchè abbia gl' interdetti non è possessore civile *l. 1, § 9, 10, de vi, l. 26, pr. de d. i. v. e. u.* — Ecco cosa mi sembra doversi dire in proposito. Quando il coniuge abbia donato al coniuge, la donazione, nulla per legge, non spiega gli effetti giuridici che le donazioni producono direttamente per loro forza, in primo luogo il passaggio del dominio; e questo è il senso della *d. l. 3, § 10, de d. i. v. e. u.*, come spiegherò più largamente al § 511. Quanto alla usucapione, se sia stata data cosa propria del donante per sola tradizione, così che in altre donazioni l' usucapione verrebbe ad aggiungere il dominio *ex jure quiritium*, tale usucapione non può correre per mancanza del titolo che è *ipso jure* nullo *d. l. 1, § 2, pro don.*; e questa stessa mancanza di causa è segnalata nella *d. l. 46, de d. i. v. e. u.* Ma se la donazione fu fatta su cosa altrui, allora il titolo non è *ipso jure* nullo, mentre non v' è depauperamento del donante, e perciò corre anche l'usucapione *d. l. 25, de d. i. v. e. u.* [1] Quanto agl' interdetti, o che si tratti di cose proprie o di cose non proprie del donante, il coniuge donatario li avrà sempre; perchè per avere gl' interdetti non è punto necessario che il possesso abbia una *justa causa*, *d. l. 1, § 10 de vi.* Pertanto se il coniuge donatario ha spesso l'usucapione, sempre gl' interdetti; dunque ha il possesso civile *d. l. 36, pr. de d. i. v. e. u.*; *d. l. 1, § 2, fi. pro don.*, e sopra tutto *d. l. 1, § 4, h. t.* testo di Paolo spiegato da noi, siccome ricordavamo, a § 79.

§ 108.

Dei testi che sopra riportammo, restano due soli a spiegare. La *l. 26, de d. i. v. e. u.* dove Paolo stesso sembra

[1] Tutte queste cose spiegheremo ampiamente nel § 510.

contraddirsi negando il possesso civile al coniuge donatario: ed il *§ 9, leg. 1 de vi,* dal quale, confrontato col *§ 10 ejusd. leg.*, risulta essere il possesso di tal coniuge riferito da Ulpiano ai possessi meramente naturali e non civili, e dove inoltre all'interdetto *unde vi* è ammesso il possessore meramente naturale. A ragione Thon *Rhein. Mus. IV, 125* e Meischeider *pag. 80* han riprovato siccome forzata e disusata nel linguaggio de' giureconsulti la spiegazione che vuol dare Thibaut *Civil. Abhandl. n. 15*, *pag. 337*, *segg.* alla *d. l. 26*, che cioè colle parole « licet illa (uxor) jure civili possidere non intelligatur » Paolo significhi: Quando anche altri volesse negare il possesso civile alla moglie. A ragione Savigny *pag. 137* condanna Cupero che nella *d. l. 1. § 9*, *10* scorge designata una singolarità dell'*unde vi*, quasi che esso sia in ciò distinto dall'*uti possidetis* e dall'*utrubi* che si dia anche ai naturali possessori: dappoichè non v'è ragione per cui tale interdetto s'abbia a credere men giuridico degli altri. La giusta spiegazione è stata data dopo Irnerio nostro [1] da Donello *comm. V. 6*, da Maynz *§ 169*, *no. 4* e da Windscheid *§ 148*, *no. 12*, *med.*; che cioè in que' due testi per possesso civile intendasi quello che ha una *justa causa* riconosciuta dal diritto civile, per naturale quello che n'è destituito; su di che sono da vedere le osservazioni da noi fatte a § 104. Ora il possesso del coniuge donatario non ha causa riconosciuta dal civil diritto ogni qual volta la donazione cade sotto la proibizione delle leggi; è possesso *pro possessore* e non *pro donato*, *l. 16*, *h. t.* cf. *Gaj. IV*, *144*. Aggiungo, che tale interpretazione è giovata dal contosto dei frammenti in discussione. Nella *l. 26*, Paolo era in sullo stabilire, che, se un venditore consegnò la cosa alla moglie del compratore per comando di costui « eam rem uxori meæ donationis causa dare », egli è liberato ad onta che il comando fosse illecito, illecita quella vo-

---

[1] Gloss. *ad d. l. 1, § 9.* « Dicit Irnerius: civiliter, i. e. juste; naturaliter, i. e. injuste, pro quo est quod subjicit de uxore — Poterit interdicto uti, quamvis contra jus civile possideat *l. 26 de don. int. vir. et uxor.* »

lontà del compratore, ed illecito il possesso che quindi erasi nella donna formato. Quanto ai due connessi paragrafi della *leg. 1. de vi* si comprende colla nostra spiegazione ottimamente la opportunità della negazione che si fa dell' interdetto al colono precisamente in fine del *§ 10* « non tamen si colonus. » Dopo aver proferito nel *§ 9* la indifferenza della giustizia o ingiustizia del possesso per gl'interdetti, ed espressamente per quello *unde vi*, ed avere a conferma aggiunto l'esempio del coniuge donatario, al quale l'interdetto è dato benchè non sia giusto possessore, egregiamente aggiunge ancora per ulteriore conferma, che viceversa l' interdetto è negato al colono quantunque egli sia possessore giusto: comprovando così con due esempi presi dai due opposti lati la verità di quella proposizione. Fluidissima interpretazione di quell'inciso, del quale è stato tanto discusso, e che non può adattarsi convenientemente al contesto del frammento se a questo si tenti dare altre spiegazioni. [2]

§ 109.

Abbiamo finquì parlato di possessori che di loro natura si trovano soli nel possesso.[1] Ora passiamo ai casi di possessori, che hanno normalmente un altro possessore accanto a loro. Sono ordinariamente casi di possessori i quali nel possedere riconoscono un interesse altrui sulla cosa, e possedendo ed esercitando su questa la loro attività provvedono anche a tale interesse di un altro: nel qual senso e sotto il qual rispetto essi sono istromento al possesso di costui. La cosa è stata nel § 48 spiegata e difesa contro l'apparente opposizione del principio che nega doppio solidale possesso. Sui dati ivi stabiliti procederemo francamente nello sviluppo dei singoli casi. — Pertanto entriamo qui nella seconda parte del secondo capo del nostro trattato.

---

[2] Ritorneremo a questo inciso nel § 112.

[1] Per accidente può talvolta trovarsi, che abbiano altro contemporaneo possessore. Vedremo § 160, che accanto al possesso dell'occupatore clandestino di fondi altrui, può trovarsi quello dell'antico possessore.

4°. Possesso de'figli di famiglia e dei servi sulle cose da loro acquistate e lasciate presso di essi dal padre e dal padrone, ovvero date loro a ritenere dal medesimo padre e padrone. Secondo le nostre massime essi hanno il possesso naturale, perchè se ne ravvisano gli estremi tutti: la fisica detenzione, o altro stato considerato per equipollente dalle leggi (lo che non toglie che un possesso possa dirsi naturale § 98); attività esclusivamente e non momentaneamente esercitata. Dico, esclusivamente; perchè quantunque il possesso possa essere ad ogni istante ritolto dal padre di famiglia ai servi e ai figli, però, finchè non sia tolto, essi esercitano soli l'attività relativa al loro possesso. Cesserà certo ogni esclusività quando comincerà ad esser tolto, ed allora finirà anche il possesso ne' medesimi. Dissi pure, non momentaneamente, di fronte a quella stessa possibilità che il possesso venga ritolto dal padre di famiglia ad arbitrio, lo che pur sembrerebbe non lieve ostacolo alla durevolezza. Perchè considerando esattamente si rinverrà, che il possesso non coll'animo di ritorlo subito fu ai servi o ai figli lasciato o dato, onde i loro atti di possesso sono veramente di loro natura durevoli (§ 39, 110 e 127). Certo che questo possesso resta meramente naturale, e non è mai civile, perchè nè servi nè figli di famiglia possono acquistar dominio coll'usucapione, o sono ammessi ad esercitar quegli interdetti che sono effetto o difesa del possesso, *l. 9. de O. et A.* — Però possesso civile ha sulle cose stesse il padre il padrone. Nei servi e figli di famiglia si verifica certamente, che essi nell'attività che spiegano sulla cosa operano pel vantaggio del padre di famiglia a cui spetta per lo meno il principale interesse della conservazione della cosa medesima. Quindi sotto questo rapporto il possesso è del padre di famiglia (§ 48, add. § 249. n. 1). Tale possesso nel padre di famiglia capace di usucapire e di esercitare interdetti, è possesso civile. — A queste conchiusioni, cui ci condussero i nostri principî, corrispondono esattamente i testi. De' servi e de' figli di famiglia insieme è detto che posseggono (*possidere*) nella *l. 1, § 5, h. t.;* che sian capaci di aver un possesso (« de possessione retinenda aut non auferenda »)

nella *l. 38. § 6, de V. O.*, e l'istesso (« possessionem adepti fuerint ») in *Gaj. II, 89.* Altrettanto è ripetuto quanto ai servi nella *l. 24, h. t.* dove è detto due volte « possidet »; nella *l. 2, § 11, pro emt.* (« adipiscatur possessionem... coeperit possidere »), e *d. l. 2, § 12,* quando è riguardo al servo pronunciato due volte il verbo « possidere ». E quanto ai figli di famiglia *l. 44, § 4 de usurp. et usuc.* « coepit rem sibi traditam possidere. » Che poi questo loro possesso sia meramente naturale e non civile, è nella *d. l. 1, § 5, h. t.*, in cui viene promiscuamente adoperata la parola « tenent », parola ripetuta nella *l. 31, § 3, de usurp. et usuc.* (cf. § 101); nella *d. l. 24, h. t.* in cui si dice insieme « corporaliter tenetur... servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet » (cf. d. § 101); nella *d. l. 44, § 4, de usurp. et usuc.* ove insieme è detto « nec possidere possit » presa qui la parola possesso pel civile antonomasticamente (§ 102). Concorda la *l. 49, § 1, h. t.* nella quale de' sottoposti alla potestà altrui si dice « rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt », presa anche qui la parola possesso per eccellenza a significare il civile (cf. d. § 102). Nell'istesso senso la *l. 30, § 3, h. t.* come caso d'estinzione di possesso segnala anche quello che il possessore pervenga in altrui potestà; nonchè la *l. 93, de R. I.* con manifesta relazione agl'interdetti si esprime così « Filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur. » Anzi la precisa espressione di possesso naturale o corporale (cf. § 101) si trova nella *l. 38, § 7, de V. O.* « quamvis civili jure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est; et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur » e nella *l. 12 C. h. t.* « corporaliter nactam possessionem. » Rimarchevole finalmente è il frammento di Giuliano nella *l. 2, § 2, pro herede* « Filium quoque donatam rem a patre, pro herede negavit usucapere Servius: scilicet qui existimabat, naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre. »[1] Finalmente che per mezzo del servo e del figlio

[1] Si domanda perchè la tesi così confermata del possesso meramente naturale nel figlio venga da Giuliano riferita come se fosse una speciale

di famiglia possegga, e del possesso abbia i civili effetti, il padre di famiglia, è stabilito nelle *d. l. 1, § 5, l. 3, § 8, d. l. 24, l. 25, § 1, h. t., d. l. 31, § 3, de usurp. et usuc., d. l. 2, § 11, 12. pro emt., l. 1, § 22, de vi, d. l. 12, C. h. t., Gaj cit. II, 89.* L'espressioni che ritrovansi in questi frammenti « *creditur, dicitur, videtur, licentia est nobis possidere* » accennano precisamente all'operazione del dritto civile, che introdusse questo modo di possedere (§ 48).[3]

---

sentenza di Servio Sulpicio. Thon *Rhein. Mus. IV, p. 114.* (Nella *pag. 95 e segg.* egli cerca difendere il concetto di Savigny sul possesso naturale e civile) crede, che sia esposta nella *d. l. 2, § 2* una singolare opinione di Servio in quanto che esso non credeva che il figlio fosse mezzo di acquisto di possesso al padre suo contro la opinione de' sabiniani che è la ricevuta *l. 1, § 5, h. t.* Ma in primo luogo Servio Sulpicio mai avrebbe contradetto o revocato in dubbio questa regola che è tanto ragionevole. Nè su tale regola fu dissenso alcuno fra' giureconsulti; onde Gajo, che pure avverte diligentemente i casi di questione sopra gli acquisti di possesso per mezzo altrui *II 90, 94,* su di essa nulla di simile rimarca *II 89.* Certo quella regola non era de'soli sabiniani. Che se Paolo nella *d. l. 1, § 5,* invoca tre nomi di giureconsulti di questa scuola, è da riflettere in primo luogo che tale citazione è fatta da esso non in occasione della regola generale dell'acquisto del possesso per mezzo di servi e figli di famiglia, ma della speciale e singolare sull'acquisto del possesso *ex causa peculiari* che si faccia al padre di famiglia anche ignorante. Oltrechè quella citazione di nomi di sabiniani è meramente accidentale, perchè anche in questa regola singolare convenivano i proculiani (§ 245). — Io credo che le controverse parole di Giuliano debbansi intendere nel senso che Servio Sulpicio, il quale per primo trattò la giurisprudenza con arte dialettica e con piena definizione delle regole (*Cic. in Bruto c. 41),* fu anche il primo a ben definire il possesso naturale de' figli di famiglia difendendolo a fronte delle ragioni di dubitare che dallo stesso loro stato di dipendenza sorgevano, e che noi esaminammo di sopra.

[3] Se trattasi di peculio castrense il figlio di famiglia è capace di possedere civilmente, com'è capace di usucapire *l. 4, § 1, de usurp. et usuc.,* perchè in tal peculio si ha per padre di famiglia *l. 2, de SC. Maced.* La suddetta capacità gli appartiene secondo il dritto recente nel peculio quasi castrense e nell'avventizio.

§ 110.

5.° Nel depositario il possesso naturale esiste certamente; ne esistono tutti gli estremi in esso come nel figlio di famiglia e nel servo. Anche il suo agire sulla cosa non è di natura momentaneo benchè rivocabile ad ogni istante; perchè quantunque ciò importi che possa di fatto durare pochissimo, non ostante non fu iniziato con tal mente, poichè niuno deposita le cose sue presso altri se non pensando d'una certa durata. Anche qui lo agire è esclusivo per le istesse considerazioni fatte nel paragr. antecedente. Nel § 48 esposi in che senso nel depositario si rinvenga quell' interesse che è compagno perpetuo d' ogni possesso, benchè egli niuna utilità o godimento abbia nella cosa. L'interesse consiste nello adempimento del proprio dovere, e nel garantirsi così dalla relativa responsabilità: concetto che vedemmo consono alla comun ragione ed allo spirito delle leggi nostre. Aggiungemmo in d. § 48, che l'interesse del possessore consiste nello adempimento del dovere, ogni qual volta ei riconosce che un'altra persona ha interesse sulla cosa, ed opera sulla cosa in conformità di tale interesse altrui; e che in questa ipotesi il dritto positivo riconosce due possessi. Uno in chi tiene ed opera sulla cosa, sotto l'aspetto del proprio interesse consistente anche solamente in quell'adempimento di dovere: l'altro in colui, a cui vantaggio opera il detentore, e che si dice possedere per mezzo e col ministero del medesimo. Infatti nel caso del deposito sono due a possedere; il depositario, e il deponente per mezzo di esso. Il possesso del depositario rimase privo di effetti civili. Di usucapione in esso non si può parlare. Ma neppure gli sono accordati gli interdetti; solo per la ragione, che in cosa del tutto dipendente dalla economia del pretore sembrò ed era abbastanza averli dati al possesso ben più importante del deponente. Così il possesso del depositario rimane semplicemente naturale, mentre è civile quello del deponente. — Che il depositario abbia un possesso naturale e non civile, è detto aper-

tamente nelle *l. 7, § 11, de comm. div., l. 4, cf. l. 3, § 15, ad exhib., l. 38, § 10, de usur., l. 2, § 1, pro her.:* altrettanto significa il *detinet* adoperato pel depositario nella *l. 3, § 2, de tab. exhib.* (add. § 101): altrettanto il negatogli possesso nella *l. 3 § 20, h. t.* (add. § 102): altrettanto il possesso implicitamente affermatogli in principio della *l. 9, de R. V.* e poi nella stessa legge negatogli collo enumerarlo fra quelli che *tenent* (d. § 102). Il possesso (civile d. § 102) trovasi attribuito al deponente nella *l. 17, § 1, depos.*[1]

§ 111.

6°. Eguali cose per parità di ragioni hanno a dirsi del possesso di colui che tiene la cosa in seguito d'un mandato ricevutone da altri. Infatti il possesso meramente naturale è costatato nel procuratore dalla *l. 12, C. h. t.;* ed anche dalla *l. 1, § 22, de vi,* dove per esso, insieme ad altri, è adoperata la parola « tenent. » Che poi in quanto esso opera nell'interesse diretto del padrone, non possegga veramente, ma il padrone medesimo abbia possesso e questo civile ossia con effetti civili, risulta chiaro dai due medesimi testi, dalla *l. 9 h. t.*, e principalmente dalla *l. 18 pr. h. t.* che esposi nel § 49.

§ 112.

7°. Sull'esistenza d'un possesso naturale del conduttore (inquilino, colono) non può cader dubbio. Ma anche esso non solo pel suo interesse possiede, bensì per quello ancora del locatore, siccome fu spiegato nel § 48, n. 3; e sotto questo secondo aspetto il conduttore non possiede affatto, il locatore possiede per suo mezzo. Questo possesso del locatore è civile, cioè ha i civili effetti dell'usucapione e degl'interdetti. Quello del colono è meramente naturale. Privo dell'usucapione necessariamente, perchè destituito dell'animo di domi-

---

[1] Una ragione di dubitare, che potrebbe pel depositario, come pel comodatario e pel conduttore, generare la *l. 2. de migr.*, è sciolta nel § 706, n. 4.

nare o della necessaria b. f., destituito inoltre di titolo proporzionato. Privo anche degl'interdetti; mentre per le giuste ragioni di economia esposte § 65, sembrò sufficiente al pretore averli dati al locatore che ha il maggiore interesse e che quasi sempre è in grado di esperimentarli. Qualche caso eccezionale come di assenza del locatore ecc. farebbe ostacolo se gl'interdetti si unissero al possesso con diretto legame giuridico (cf. § 12); ma non fa ostacolo quando si ritenga con noi, che gl'interdetti emanano direttamente dall'opera positiva dell'Editto, e si uniscono al possesso per ragione di mera convenienza di cui fu libero al pretore l'apprezzamento. Parve meglio al pretore che in qualche raro caso gl'interdetti non fossero da alcuno esercitati, di quello che ammettere abitualmente una sconveniente esuberanza di esercenti.[1] — I testi concordano esattamente. Un possesso ne'conduttori è costatato dai testi nei quali si parla di restituzione di possesso da farsi dai medesimi *l. 11. § 3, loc.*, *l. 25, C. de loc.*, e dalla *l. 2*, *§ 38*, *ne quid in loc. publ.* nella quale Ulpiano riconosce in essi un giusto possesso (ved. § 71). Che sia possesso meramente naturale, è detto apertamente nella *l. 7*, *§ 11 de comm. div.*, *l. 4*, *cf. l. 3*, *§ 15*, *ad exhib.*, *l. 2*, *§ 1*, *pro her.*, *l. 12, C. h. t.* Per la solita accezione antonomastica della parola possesso per possesso civile, è negato possesso in essi dalla *l. 33*, *§ 1*, *vers. Cum haec*, *de usurp. et usuc.* Nel loro attentato a voler possedere è riconosciuto un eccesso dalla *l. 3*, *§ 3*, *uti possid.*[2] Si dice nella *l. 6*, *§ 3 de precar.* che non posseggono, ma « sunt in praedio. » Nella *l. 10*, *pr. § 1*, *2*, *h. t.* è stabilito che l'affare della conduzione è incompatibile col precario *ut possideret*, compatibile coll'altro *ut in possessione esset* (cf. § 127), così che nel primo caso proceda solo ciò che è stato fatto posteriormente come derogante allo

---

[1] Così si spiega perchè ne' casi de' superficiari ed aventi *agrum vectigalem*, che pur si valgono d'un contratto di locazione, è riconosciuto possesso civile e sono dati interdetti. Ciò è perchè essi hanno un interesse troppo grave (§ 141 e 146).

[2] Su questo frammento tornerò § 673, n. 2.

anteriore, nel secondo caso procedano ambedue. È detto che *tenent* nella *l. 1, § 22, de vi.* Per le istesse considerazioni Tertulliano nella *l. 28, h. t.* discute della ipotesi, che un antico possessore prenda in affitto da un altro il possesso, come d'ipotesi di perdita di possesso (§ 270): e nella conduzione di cosa posseduta Marcello *l. 19, pr. h. t.* vede chiara la estinzione del possesso.[3] Secondo che possesso si dice ora largamente ora antonomasticamente, viene ne' conduttori riconosciuto e negato nella *l. 9, de R. V. vers. Officium cf. vers. Denique et seq.* Il possesso poi che il locatore ha per mezzo del conduttore è segnalato nelle *l. 3, § 8, l. 25, § 1, l. 40, § 1, h. t.*, e la sua natura di civile, ossia idoneo agli effetti civili, risulta dalla *l. 1, § 22, de vi.* — Le conchiusioni sul possesso del conduttore così nettamente stabilite turbano coloro, i quali dànno al conduttore medesimo l'interdetto *unde vi;* tali sono Cupero (§ 108), ed altri come Thibaut *Archiv. für civil. Prax. XVIII.* Ripresi giustamente da Savigny. Non credo però egregio l'argomentare, che fa Savigny sulla *l. 1, § 4, uti possid.* Poichè se Ulpiano paragonando all'interdetto *unde vi* l'interdetto *uti possidetis* dice solamente, che quello è *recuperandae* questo è *retinendae possessionis* (al che spettava il suo trattato), non toglie che siano frai medesimi altre probabili differenze. Meglio è da invocarsi la *l. 1, § 10, de vi*, passo d'Ulpiano di cui già sopra parlammo « Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdicto uti: non tamen si colonus. » Significa, che l'interdetto può darsi anche a coloro che posseggono senza titolo giusto, com'è il coniuge donatario (cf. *§ 9, ejusd. leg.*, e le cose dette da noi § 107) mentre per converso non si dà ad altri che a possedere sono autorizzati, com'è il colono. Ulpiano al certo non può significare, che, espulso il colono per mezzo del quale la coniuge donataria ritiene il possesso, non si dia ad essa l'interdetto, lo che mancherebbe di ragione.[4] E molto meno può riceversi quella

[3] Sull'istesso ordine d'idee gli spagnuoli dicono per converso *posesionero* colui che compra de' pascoli da esso per lo innanzi tenuti in affitto.

[4] Dell'istesso colono che non possa esercitare l'*unde vi*, viene inteso questo passo d'Ulpiano anche ne' basilici *LX 17, 7, Heimb V p. 574, 575.*

spiegazione veramente singolare, che tentata da Thibaut trovasi confutata da Savigny *pag. 60, n. 2.* — Prova anche grandemente la *l. 1, C. Theod. unde vi (Cod. Just. l. 1, si per vim vel alio modo abs. perturb. sit. poss.).* Costantino ammette, che se venga tolto il possesso dell'assente, discacciatone chi deteneva in suo nome, come un congiunto, un amico, un servo, un colono ecc., possa costui esperimentare l'interdetto *unde vi* « nec eos, qui dejecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio causae mandata sit, ab experiunda re excludant (Judices). » Adunque non lo esperimenta a nome proprio ma di colui per cui possedeva; altrimenti con niuna opportunità si farebbe tale osservazione sul mandato. Adunque neppure a nome di quello può esperimentarlo se il medesimo non sia assente; perchè solo in caso di tale assenza apparve all'Imperatore troppo frequente la insufficienza dell'essere stato a lui solo regolarmente dato l'interdetto, e perciò il bisogno di provvedere dandolo all'altro. Ed ecco perchè nell'istesso testo a que' congiunti, amici, servi, coloni si nega il potere litigare sulla proprietà colle seguenti parole « cum valde *sufficiat* possessionem tenentibus absentium nomine, contra praesentium violentiam subveniri. » — Conferma gravissima nel luogo di Cicerone *pro Caec. c. 32.* Egli è noto due essere stati gl'interdetti de *vi;* uno sulla forza semplice, che da Cicerone stesso è chiamato quotidiano (cf. § 708 n. 1), e competeva quando forza era recata senza armi; l'altro sulla forza armata, e competeva quando forza era inferita con armi alla mano. Questo secondo interdetto avea diverse singolarità che più spedito lo rendevano, poichè come dice Cicerone stesso *pro Tullio 20* « alterum interdictum... nunc est constitutum propter eamdem iniquitatem temporum nimiamque hominum (licen-

Il d. § 10 vi è tradotto così « *Οθεν κἄν γυναικὶ δωρήσηται ἀνήρ, καὶ ἐκβληθῇ, κινήσει τὸ νόμιμον παράγγελμα, οὐ μέντοι μισθωτός.* » Gli scoliasti aggiungono le seguenti dichiarazioni « *ὁ κολωνός δὲ ἐκβαλλόμενος τοῦ ἀγροῦ οὐ κινεῖ τὸ ἰνδέρδικτον, ἐπειδὴ ἄλλῳ νέμεται,* » e più sotto « *οὐ μέντοι μισθωτός. Οὗτος γὰρ ἄλλῳ νέμεται... Οὐ γὰρ ἑαυτῷ, ἀλλ ἑτέρῳ νέμεται, ὡς κεφ. κς. καὶ διά τοῦτο ἐκβαλλόμενος οὐ κινεῖ.* »

tiam). « Esso era stato dal pretore introdotto per la causa principale di tutelare l'ordine pubblico e non di difendere il possesso, onde non può esser chiamato effetto di questo (§ 337). Or bene nel mentovato passo dell'orazione *pro Caecina* Cicerone dice: « In illa vi quotidiana (cf. d. § 708) non satis est posse docere me dejectum, nisi ostendere possit, cum possideret, tum dejectum... hunc vero, qui ab jure, officio, bonis moribus, ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa destitutumque videtis. » Ossia era indifferente nel secondo interdetto il possesso civile; chè quanto al naturale ve n'era necessità di fatto onde poter concepire la deiezione, e lo avverte Cicerone stesso *cap. 28* « non posse probari quemquam esse dejectum nisi ex eo loco in quo fuisset. »[5] Ma nel primo sulla forza semplice, dato a difesa del possesso, e che quasi del tutto unico rimane nella compilazione giustinianea, il civil possesso era affatto necessario; ai coloni ed altri conduttori non competeva. Concorda la *l. 1, § 23, de vi* « Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum dejiceretur, possidebat: nec alius dejici visus est, quam qui possidet. » Certo che anche Ulpiano parla di possesso

[5] Dopo Cujacio molti recenti sono d'avviso che nel *de vi armata* non fosse necessario possesso civile, mossi dal passo di Cicerone (Walter *Storia del dr. di Roma 2 pag. 409, n. 24,* Keller *Semestr. ad M. Tull. Cicer. pag. 507,* ecc.) Però altri, come Savigny *pag. 412, seg.* e Machelard *pag. 237* sono d'avviso diverso, ed in Cicerone notano un falso raziocinio fatto per difendere una causa non buona. Che la causa di Cicerone fosse o no buona è difficile il definire; io la crederei buona, benchè non buoni fossero tutti gli allegati argomenti come spesso ai difensori delle cause è accaduto ed accade (cf. § 273). E la stessa regola del non esser necessario nel *de vi armata* il possesso civile non era opportunamente invocata dall'Oratore; perchè, mentre un possesso naturale era pur sempre necessario per tale interdetto, nel caso suo se v'era un possesso qualsiasi dovea essere anche civile perchè nel suo Cecina esisteva l'animo di erede e di padrone. Onde tutta la difficoltà stava nel vedere se in Cecina esistesse il fisico elemento del possesso, al che realmente si rivolge in seguito Cicerone (cf. § 150). Ma che Cicerone arrivasse a pronunciare un così grave errore di dritto sulla stessa concezione dell'editto, errore che per ciò stesso sarebbe stato manifesto e palmare, sembrami affatto inverosimile: sarebbe stato uno screditar la causa.

per eccellenza, ossia del civile, ed è per questo che propone quella regola come visione scientifica (« visus est »), la quale nel possesso naturale avrebbe una visione naturale e necessaria. — Non ostano le *l. 12, l. 18, pr. de vi*, dove troviamo dato ai coloni l'*unde vi*. Si trattava d'un colono, il quale colla forza avea respinto il padrone, o (che equivale, *dd. ll.*) chi da esso avea comperato, e ciò per appropriarsi il possesso. Così cominciò a possedere civilmente (§ 106): e poscia discacciato ebbe l'interdetto.

§ 113.

8.° Del possesso del comodatario si debbono dire cose del tutto simili a quelle dette sul possesso del conduttore, attesa la simiglianza della relativa posizione. Anche al comodatario non si deve negare un possesso; ma questo è meramente naturale. Possiede insieme, e civilmente, il comodante per mezzo di lui. I testi sono d' accordo, *l. 3 § 20, h. t., l. 9 de R. V., l. 4 cf. l. 3 § 15, ad exhib., l. 8 commod., l. 38 § 10 de usur., l. 2 § 1 pro her., l. 68 de furt. cf. l. 1 § 15, si is qui testam. liber* (cf. § 297).

§ 114.

9°. Vediamo del possesso dei *missi in possessionem*. Per sciogliere nettamente questo problema conviene ben definire la natura e la portata delle *missiones* in senso stretto, e l'indole dell'ag giunto pegno pretorio. Convengono gli scrittori nel riconoscere quattro *missiones* in senso stretto, e relativo pegno pretorio. Ricordiamole brevemente. La prima è per la causa *damni infecti*. Se una casa minacci ruina così da far temere ai vicini, possono questi dimandar cauzione dal padrone di quella, e se venga loro la cauzione ricusata, possono adire il pretore ed ottener decreto ond' essere mandati in possesso della casa minacciosa. Vale a dire non all' effetto di ottenerne il dominio, ma a quello di assumere la custodia: vengono imposti quasi custodi necessari onde il proprietario vinto dal tedio presti alfine la cen-

nata cauzione. La seconda è quella che si dà al creditore allorquando nella persona del debitore accada qualche novità onde nasca giusto timore di non esser da lui soddisfatto; per esempio se non difenda la causa, [1] o muoia senza che si conosca di certo se avrà o no erede di modo che il creditore non possa chiamare alcuno in giudizio. È il creditore *missus* ne' beni di tal debitore, anche qui non per prenderne alcun dominio ma per custodia *rei servandæ causa.* La terza è *servandorum legatorum causâ.* Il pretore accordò ad ogni legatario (al quale fu equiparato il fidecommissario), che per la conservazione del legato, lasciato sotto condizione o *ex die,* gli venisse data cauzione onde l' erede col dilapidare non si rendesse per avventura inetto a pagare; fosse poi immesso ne' beni ove la cauzione non venisse prestata. L' istessa denominazione dimostra che non si tratta di passaggio di proprietà ma solo di osservazione e di custodia onde l'erede tediato desse la cauzione. Quarta è la *missio ventris nomine.* Muore alcuno lasciando gravida la vedova in tali aggiunti, che qual postumo sia per nascere abbia ad essere ammesso alla *bonorum possessio* o *ab intestato* o *contra tabulas.* Finchè il postumo non nasca, il ventre, ossia la donna, ha l' immissione al possesso, dato insieme un curatore e ai beni e al ventre, onde alimenti la donna ed i beni custodisca. Ancor qui non dominio è dato, ma custodia de' beni sia nell' interesse del figlio nascituro sia in quello dei creditori ereditari.

§ 115.

Or bisogna esaminare con esattezza il pegno de' *missi,* perchè qui stà tutto il nodo della questione. Ai *missi in possessionem* compete un pegno pretorio sopra la casa ruinosa o altri beni ne' quali la *missio* è stata fatta; e questo per la sicurezza di que' dritti pe' quali sono *missi.* Molti testi lo provano, p. e. *l. 26, pr. de pigner. act., l. 3, § 1. de reb. eor.* e

---

(1) Sono da eccettuare i casi di mancata difesa per cauzioni non prestate o per possesso mendacemente negato; ne' quali si toglieva il possesso per mezzo degli interdetti *quem fundum* e simili (§ 746. segg.).

l. 12 pro emt. dove a questo pegno è dato il nome di pretorio. Qual' è la natura di questo pegno? La *missio*, come dicemmo, si fa per la custodia e l' osservazione, *l. 7, § 8 de comm. divid., l. 3 § 23, l. 10, § 1, h. t., l. 5, pr. ut in possess. legat., l. 12, quib ex caus. in poss., l. 3 § 8, uti possid.*, ma sotto il rispetto di ottenere col tedio una cauzione o la sicurezza della soddisfazione di un altro proprio diritto. Per se la custodia, che è il diretto scopo della missione, è nell'interesse massimamente del padrone, mentre ad esso sommamente giova la custodia delle proprie cose, sia essa in qualsiasi modo esercitata. Adunque la custodia non corrispondeva di sua natura all' ultimo scopo della missione, di ottener cioè cauzione o sicurezza della soddisfazione d'un diritto, insomma di curare l' interesse del *missus*. Quindi convenne alla custodia aggiungere qualche cosa che a questo scopo ultimo meglio corrispondesse. E questa era facile ad essere escogitata. Poichè posto il rapporto di alcuno colle altrui cose allo scopo di assicurare le proprie ragioni, sorge naturalmente l' idea del pegno. Pegno fu dato. Pertanto riteniamo, che la diretta efficacia delle missioni è la custodia, che il pegno è un' aggiunta fatta alla medesima. Ed appunto questo essere il pegno un' aggiunta della custodia spiega le varie singolarità del medesimo. Non come il pegno convenzionale con mero patto, può il pretorio costituirsi col solo comando del pretore per la missione; ma è necessario che siasi realmente venuto in possesso *l. 26, § 1 de pign. act.*, appunto perchè allora e non pria comincia ad esistere la custodia a cui indirettamente accedette il pegno. — Avanti a Giustiniano ai *missi* non era data azione contro i terzi, ai quali i beni fossero poscia pervenuti, non la serviana che suol darsi in questa ipotesi agli aventi un pegno; per lo meno era questo punto fra gli antichi disputato, *l. 2, C. de praet. pign.* La ragione è dall' Imperatore accennata così perchè « debuerat incumbere suo pignori »; il pegno seguiva la custodia; perduta questa, cadeva. [1] Si dava appena l' interdetto *ne vis fiat*

[1] Simili sono gli aventi uno *jus retentionis*, specie di pegno (*l. 15, § 1 de furtis*) che si perde consegnando la cosa (§ 386. segg.)

ei qui in possessionem missus erit se per dolo dell'avversario fosse accaduto che il *missus* venisse privato del possesso. Giustiniano concesse l'azione, ma interpretando *benignius* come dice esso stesso. — Nel pegno pretorio non vale la massima « qui prior tempore, potior jure. » Se io fui *missus* per causa di danno infetto, e dopo me un altro vicino; non si riguarda all'ordine ne' pegni che risultano; ambedue godremo de' dritti stessi *l. 15, § 15 de da. inf., l. 5, § 3 ut in possess. legator.* [2] È che le missioni furono fatte per la custodia, colla quale i *missi* direttamente conservano le cose nel patrimonio del debitore; lo che, in quanto giova ad essi, non è nel singolare o nel maggiore interesse di uno o di un altro, del priore anzichè del posteriore, ma nell'interesse comune. Il pegno venne accessoriamente, nè deve alterare la natura diretta di queste missioni o rendere d'interesse singolare ciò che è d'interesse promiscuo. [3]

---

[2] Agg. *l. 12 pr. de reb. auct. judic. poss.*

[3] Molto si dubita del *pignus in causa judicati captum*, se in esso sia una *missio* e se sia un pegno pretorio. È questo il pegno che viene costituito dal magistrato per curare la esecuzione della sentenza condannatoria sui beni del condannato. Dal magistrato, ho detto; anche vigente il sistema formulario quando giudicava il giudice pedaneo: perchè lo eseguir le sentenze non spettava a questo, ma, com' è noto, al magistrato che lo avea dato *l. 15 pr. de rejudic.* Fu comune opinione, che così venisse costituito un vero pegno pretorio ed anche oggi così crede lo Stölzel *Archiv. f. civ. Pr. XLV pag. 272. seg.* Ma Dernburg nel suo importante lavoro *Das Pfandrecht nach den Grundsätz. des heut. röm. Rechts I, § 53, II, § 119* pensa, che il creditore non sia messo in possesso, mentre, dice, non v' è testo che ciò gli conceda; che non esso venda i beni ma il magistrato d' officio *l. 1, C. si in ca. judic. pign. capt. sit.* Non essere perciò vero pegno a favore del creditore, nè nascere quindi alcun dritto reale ad esso; solo per questo apparire nelle fonti il nome di pegno a favore del creditore, perchè somministra sicurezza al medesimo d' esser soddisfatto del suo. Meglio Walter *§ 716* riconosce pegno nel creditore. — Credo, che sian da distinguere due speci di pegni presi *ex causa judicati;* e spiego nel modo seguente. Una volta presso i romani le esecuzioni delle sentenze compivansi sul corpo del condannato. Vale a dire, se il condannato non dava esecuzione dentro trenta giorni, si faceva luogo alla *legis actio per manus injectionem* descritta da Gajo *IV, 21:* « Qui agebat, sic dicebat: Quod tu mihi judica-

§ 116.

Il possesso de' *missi in possessionem* si presenta assai variamente ne' frammenti. Alcuni riconoscano in loro un possesso, *l. 7 § 8, de comm. divid.*, *l. 4 § 3, de da. inf.*, *l. 7 § 1. quib. ex ca. in poss. eat.*, *l. 1 § 3, segg.*, *l. 3 § 3.*, *l. 4 § 2, ne vis fiat ei etc.* Altrettanto la *lex (Rubria) de Gall. cisalp. c. 22.*

---

tus sive damnatus es, sestertium X millia, quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manus injicio; et simul aliquam partem corporis ejus prendebat ». Il giudicato non poteva schermirsi dall' *addictio* che a questo modo il vincitore chiedeva dal pretore, se non trovava un cittadino che lo difendesse, per esempio provando di non esser stato esso giudicato, o che il giudicato era invalido, o che esso avea soddisfatto; qual cittadino nomavasi *vindex, Gai. ib.* Se il condannato non dava *vindicem*, veniva addetto all' attore, ossia veniva dal medesimo portato via e legato, *ibid.* Si dubita frai moderni eruditi, se a que' tempi si facesse anche la esecuzione sui beni per decreto di magistrato; affermando Savigny, negando Bethmann Holweg, asserendo Walter, esser ciò stato nella facoltà del magistrato ma esser lungo tempo rimasto inusitato, dappoichè era superflua la esecuzione ne' beni quando era pronto un tanto maggior rimedio sulla persona. Certo che per i primi cinque secoli non fu adoperata generalmente la esecuzione sui beni; ce lo prova l' assoluto difetto di esempi fra privati. Solo abbiamo che la repubblica valevasi della *bonorum sectio* sullo avere dei condannati criminalmente; vale a dire possedeva i loro beni e li vendeva all'auzion pubblica; del che abbiamo testimonianza in Tito Gellio, in Aulo Gellio, in Cicerone e in altri luoghi e *pass. pro Rosc. Amer.*, e nella legge Acilia *repetundarum cap. 57.* I beni erano aggiudicati al maggior offerente che ne acquistava il dominio *ex jure quiritium* (come certamente è da intendere Gajo *III, 80 vers. interdum)* e per ottenere il possesso aveva l' interdetto *sectorium*, del quale parleremo a suo luogo, *Gaj. IV, 146.* Comincia la esecuzione de' beni fra 'privati ad apparire nel secolo VI., forse perchè la immensa estensione del territorio conquistato più facili rendeva le fughe e le elusioni delle *addictiones* della persona. Un pretore, che Gajo *IV, 35,* nomina Rutilio (Leist *Die bon. poss. I. 55,* crede che sia P. Rutilio giurec. console 649. U. C.; ma siccome non costa che ei sia stato pretore, meglio Maynz *II, 567* pensa di P. Rutilio Calvo, di cui Livio dice che fosse pretore dell' anno 586) cominciò ad introdurre questo metodo fra' privati. Poichè stabilì, che i creditori d' un debitore che non difendesse fossero messi ne' beni di questo onde potessero venderli e soddisfarsi. L' efficacia di questo rimedio produsse, che ve-

« bona eorum *possideri* jubeto » (§ ant. no. 3) — E Paolo *l. 30, § 2, h. t.* negar sembra il possesso al padrone « Item cum prætor idcirco in possessionem rei ire jussit, quod damni infecti non promittebatur, possessionem invitum dominum amittere, Labeo ait. » — Altri testi ricusano ai *missi* il possesso, ed alcuni di questi dicono di essi « in possessionem ire, in possessione esse, » parole che spettano al possesso semplicemente naturale. *l. 3, § 23, h. t.* (ove Paolo

nisse adoperato per altre ipotesi, specialmente riguardo ai confessi e ai condannati. Al confesso o condannato si accordava parte per l. decemvirale, parte per editto del pretore un certo tempo per procacciarsi il danaro *Gaj. III, 78.* Scorso questo inutilmente, il vincitore impetrava dal pretore la *missio* in tutti i suoi beni. Ciò dice la *lex (Rubria) de Gallia Cisalp. cap. 22.* « bona eorum *possideri*... jubeto »; ed apertamente la *l. 3. C. qui potior. in pign. hab.* dove si propone che la republica degli Eliopolitani « propter emolumentum sententiæ » era stata messa al possesso dei beni. Anche questa missione si faceva per ragion di custodia ad esempio delle altre simili *l. 1, quib. ex ca. in possess.*, ossia per osservazione, o come dice la *d. l. 3, Cod.* « servandi judicati causa. » Tutti esistevano gli estremi per riconoscere un vero pegno pretorio, cioè la *missio* nel possesso, e questa data in sicurezza della soddisfazione del diritto che al *missus* competeva. Infatti pegno riconosce espressamente la *d. l. 3.* Dopo trenta giorni (quindici, se si trattava di defunto) da tal missione, erano i creditori immessi con altro decreto nel possesso *venditionis causa* e per mezzo del *magister* (sindico) facevan la vendita a voce di banditore. Il compratore de' beni non acquistava *ipso jure* il dominio quiritario ma solo per via di usucapione *Gaj. III, 80.* Nel frattempo godeva della tuizione pretoria. Onde poi acquistare il possesso e principiare l' usucapione, esso aveva l' interdetto che *Gaj. IV, 145*, chiama *possessorium*, del quale parimenti ci occuperemo a suo tempo. Così pure ei non aveva le azioni dirette, ma se trattavasi de' beni d' un defunto agiva fingendosi erede, se trattavasi dei beni d' un vivo agiva coll' *intentio* concepita nella persona di colui del quale avea comprato i beni, e la *condemnatio* nella persona propria (*actio Rutiliana, Gaj. IV, 35*). — Fin qui era vero pegno pretorio pel creditore. Ma fu poscia introdotta un'altra specie di pegni presi *ex causa judicati*, sommamente in forza del rescritto del D. Pio. Il Magistrato, scorso il termine stabilito a favore de' condannati, comanda che sian presi a pegno alcuni (non tutti) i beni del debitore; se esso non li redima entro due mesi, li fa vendere (esso magistrato, non il creditore), e se compratore non si rinvenga li aggiudica al creditore *l. 50, de evict., l. 15, pr. § 2, 3, 6 de rejudic., l. 31 eod., l. 2, 3, C. si in caus. judic.* È maggiore la difficoltà a riconoscere qui in favore del creditore il pegno pretorio; perchè si crede

inettissima dice la sentenza di Q. Mucio, il quale avea posto frai generi di possesso il caso de' possessori per comando di magistrato), *l. 10, § 1, eod., l. 5, § 1 ad exhib., l. 7, pr. vers. Eum cui, et vers. In eum qui, de da. inf., l. 1 pr. ne vis fiat ei, l. 1, § 9, quod legat., l. 3, § 8, uti possid.* — E che il solo padrone possegga è detto nella *l. 15, § 20 de da. inf.* — In altri passi si trovano miste espressioni che affermano ed espressioni che negano il possesso ai *missi, l. 9, de R. V., l. 5 pr. ut in possess., l. 12, quib. ex ca. in possess.* — Nè mancano frammenti, i quali possesso riconoscono in ambedue, nel *missus* e nel padrone, *d. l. 5, pr. ut in possess.* « simul cum eo possidere jubebo. »[1]

che il possesso non fosse dato al creditore, e perchè si vede specialmente nella *d. l. 2, C. si in caus. judic.* che non i creditori vendono ma i magistrati d'officio. Eppure piuttosto colla comun sentenza anche qui ravviserei un vero pegno, il pegno pretorio. Pegno infatti lo chiamano le *dd. ll.* E v'è la sostanza del dritto reale di pegno, che consiste nel porre in relazione diretta il creditore colla cosa pignorata di modo che quello aspetti soddisfazione da questa senza necessità d'intermedia persona. Onde nulla importa che non esso venda ma il magistrato. Il dritto di vendere non è al dritto di pegno sostanzialmente necessario: così anche nel pegno pretorio nato dal primo decreto *ex causa damni infecti* non esiste alcun dritto di vendere, ed il suo esito è che gli succeda il secondo decreto che dà l'*in bonis*. Parimenti non ha importanza quel che si crede, non esser possesso dato al creditore. Poichè primieramente anche senza possesso s'intende pegno che allora dicesi propriamente ipoteca. Solo che se veramente mancasse la missione, il pegno non potrebbe dirsi pretorio mentre il pegno pretorio è alle missioni congiunto. Ma punto non costa che il creditore non fosse immesso. Anzi le cose, *captae* dal magistrato, ad esso creditore, siccome avente sommo interesse, eran date a tenere e custodire, finchè non avesse a farsene la vendita; vendita, che di nuovo era da farsi per cura del magistrato. Antonino nella *l. 1. C. si in caus. judic.* dice « Res ob causam judicati *datas* » che WINDSCHEID vorrebbe correggere in « occupatas » non poggiato da alcuna autorità. E di cose date a pegno in esecuzione di regiudicata parlano pure Severo ed Antonino *l. 3. C. de exec. rei jud.* L'espressione che in questo trattato è ripetutamente adoperata ne'testi, che cioè i pegni *capiantur* (p. e. *l. 31, de re judic., l. 2, 5, 9 C. de exc. rei jud., tit. Cod. si in caus. judic. pign. captum sit)*, prova la introduzione fatta ad esempio dell'antica *legis actio* che dicevasi *pignoris capio*, e la esistenza d'un pegno; siccome un pegno esisteva in questa *Gaj. IV, 26, segg.*, benchè contradica DERNBURG *op. cit. I, pag. 47 seg.*

[1] È d'accordo la *l. 2, § 1, de act. emti* dove nel padrone è segnalata una « *non vacua* possessio. »

§ 117.

Per noi, che crediamo che in dritto romano anche il natural possesso è, e non raramente vien chiamato, possesso, la difficoltà è in gran parte sciolta dopo la fatta esposizione della natura delle missioni. C'è nei *missi* ogni estremo del possesso naturale; la esclusività compresa, perchè essi soli esercitano l'attività che alla missione corrisponde. Inoltre seguita il padrone, o colui che come padrone si diportava nelle cose, a possedere pur esso naturalmente; dappoichè la missione non lo esclude, ma lo lascia nelle cose stesse insieme al *missus d. l. 5, pr. ut in possess.* Ed anche in esso tutti si verificano gli estremi del possesso naturale; anche la esclusività, perchè soli esercitano l'attività corrispondente alla loro antica posizione benchè limitata rispetto al conpossesso de' *missi.*[1] — È o no civile il possesso del *missus?* Parrebbe che si, per una forte ragione; cioè perchè egli ha un pegno, ora gli aventi pegno han gl'interdetti; ecco il possesso civile. Eppure non lo è; perchè, come vedremo a suo luogo (§ 119), negli altri casi di pegno è ammesso il possesso civile per la ragione, che se gl'interdetti non al creditore si dessero ma al debitore la cosa ritornerebbe a questo contro l'*id quod actum est* nella costituzione del pegno. Ma il pegno nel caso nostro, pedissequo alla custodia ch'è della missione il fine diretto, non importa la esclusione del padrone *d. l. 5, pr. ut in possess.*; e perciò il dar gl'interdetti al padrone stesso, di cui alla fin fine è il maggiore interesse nella cosa, conveniva alla economia del pretore. È un'altra singolarità di questo pegno da aggiungersi alle sopra enumerate, ed avente la stessa ragione. Pertanto è piuttosto civile il possesso del padrone o di chi come padrone stava nella cosa; ed in verità ciò si conchiude chiaramente dalla *l. 2, pr. pro her.*

---

[1] Quindi s'intende facilmente, che non sono due possessori solidali. Del resto cf. § 159.

§ 118.

Ormai è in chiaro la massima parte de' frammenti sopra citati. Quelli, che un possesso ammettono nei *missi*, sono da intendere per possesso naturale. Quelli, che negano, sono da prendere pel possesso civile. Gli altri che ora ammettono ora negano, si debbono spiegare per il possesso ora naturale ora civile. Siccome poi il padrone ha comune il possesso naturale coi *missi*, ed ha solo il civile; così si spiegano i testi che in ambedue riconoscono possesso, e gli altri che nel padrone solo. — Ma se il *missus* non possiede civilmente, com'è che gli si dà l'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit?* e non solo se venga proibito dal venire, ma anche se, venuto, sia discacciato ad esempio dell'*unde vi?* Rispondiamo, che allora la presenza d'un interdetto può far dire civile quel possesso al quale si riferisce, quando sia effetto e difesa del medesimo (§ 96). Ma effetti e difese del possesso sono solamente quegl'interdetti che nacquero dalla principal considerazione d'un possesso preesistente, e non da considerazioni diverse. Ora il detto interd. *ne vis fiat ei etc.* non nacque dalla ispezione semplice di precedente possesso. Tanto vero che non solo è *recuperandae* ma anche *adipiscendae possessionis* (§ 748, cf. § 57). Esso fu introdotto a difesa della *missio* ottenuta giustamente dal pretore ed a relativa coercizione di chi si opponesse disobbedendo alla giurisdizione pretoria *l. 1, § 1, ne vis fiat ei*. Onde è che ammettendo la discussione del dritto stesso del credito che per avventura il *missus* si asserisce *d. l. 1, § 5*, non solo non può dirsi effetto del possesso ma neppure può essere annoverato fra gl'interdetti che regolano il solo possesso, come vedremo d. § 748. — Resta a spiegarsi la *l. 30, § 2, h. t.* ove Paolo riferisce la sentenza di Labeone che dice perduto al padrone il possesso per mezzo della missione che altri ebbe *ex causa damni infecti*. Mi sembra manifesto errore quello di Savigny il quale crede che l'istessa riprensione, che trovasi fatta da Paolo a Mucio nella *l. 3, § 23, eod.*, debbasi qui intendere

fatta dal medesimo a Labeone. Dappoichè dalla *l. 15, § 20, de damn. inf.* sappiamo, che in questo articolo Labeone non la pensava con Mucio, ma anzi riteneva in genere con Paolo che per mezzo della missione ne' beni il padrone non perdesse il possesso. Certo che se Labeone avesse tenuto la opinione di Mucio, non ad esso avrebbe Paolo risparmiato un'acre riprensione, avversario perpetuo come gli era. Come adunque concilieremo Labeone con Labeone, Paolo con Paolo? Credo, che la *d. l. 30, § 2, h. t.* spetti manifestamente al secondo decreto che dopo il primo era ottenuto dal vicino per causa del danno infetto, quando il proprietario della casa minacciosa perseverasse ancora per lungo tempo nel non prestar la cauzione. Col secondo decreto il minacciato vicino otteneva che, cessato il dritto di custodia, ormai il detto proprietario venisse discacciato dal possesso *l. 15, § 23, de damn. inf.*, ed esso fosse fatto padrone acquistando il dominio onde costui veniva privato. Dominio *in bonis* quale poteva esser dato dal pretore, da cangiarsi in quiritario per mezzo di usucapione (*Gaj. II, 41*), come debbono essere intese le *l. 5, pr., l. 15, § 16, l. 18, § 15 de damn. inf., d. l. 3, § 23 in fi. h. t.* Così il padrone cessava di possedere *d. l. 15, § 23 de damn. inf.*; cominciava a possedere il solo *missus* con animo di padrone avente *in bonis;* e perciò civilmente, cioè tanto all'effetto di usucapire *dd. ll. 5, pr. de damn. inf.* ecc., quanto all'effetto di esercitare gl'interdetti, *d. l. 18, § 15, de damn. inf.* In verità il possesso è in tal *missus* sovente riconosciuto nel dritto nostro *l. 4, § 4, l. 7, pr. vers. Eum cui, vers. In eum qui, d. l. 15, § 17, § 20, d. l. 18, § 15, de damn. inf., l. 3, § 23, h. t.* Alla interpretazione che abbiamo data alla *l. 30, § 2*, non osta che il giureconsulto parli di quello che il pretore « in possessionem rei ire jussit » le quali parole propriamente significano il possesso naturale; poichè come possedere naturalmente, così *esse in possessione* o *ire in possessionem*, può dirsi dove coesiste in realtà anche il possesso civile (§ 103).[1]

---

[1] Veramente anche Savigny *pag. 261, n. 2, fi.* dice della *l. 30, § 2*, che come opinione di Paolo non potrebbe valere che del secondo decreto.

§ 119.

I casi, che fin qui abbiamo esaminato (dal § 109 al 118) di due contemporanei possessori, ce ne hanno sempre offerto uno meramente naturale, mentre l'altro è civile. Ora esporremo altri casi dove ambedue sono civili.

10°. Possesso della cosa pignorata. Sul naturale possesso del creditore non può cader dubbio. Come anche è chiaro come si costruisca un possesso anche nel debitore secondo le teorie esposte nel § 48. Il possesso del debitore è civile: civile è pur quello del creditore. Certo nel creditore non si può concepire usucapione perchè manca l'animo di dominante o la buona fede, manca inoltre la *justa causa;* [1] l'usucapione è riservata al possesso del debitore. Ma il creditore ha gl'interdetti, non il debitore. Poichè mentre è nella natura del pegno che la cosa debba restare presso il creditore; se gl'interdetti fossero stati dati al debitore, facile sarebbe stato a questo il ripigliarsela colludendo con alcuno che al creditore la togliesse a forza. In cosa che, secondo il nostro sistema, tutta dipende dalla economia e dalla prudenza del pretore, fu questa misura provvidentissima. [2] — Convengono i frammenti nostri. Il possesso del creditore è constatato dalle *l. 36, l. 40, pr. h. t., l. 15, § 2 qui satisd. cog.* [3], *l. 13, § 1 de publiciana, l. 22, § 1 de noxal. action., l. 35, § 1 de pigner. act., l. 7, § 7 pro emt., l. 68 de furt.* cf. *l. 1, § 15 si is qui test. lib.* (cf. § 297), e dallo esser detto il salviano un interdetto *adipiscen-*

[1] Com'è che nella *l. 14, § 3 de divers. temp. praescript.* si parla di *accessio temporis* da darsi ai creditori nel possesso del pegno, mentre l'*accessio* spetta alle usucapioni? Spetta anche all'*utrubi;* e di questo si deve intendere quel frammento. Simil cosa noteremo nella *l. 13, § 7, h. t.* (§ 131).

[2] Sul possesso del creditore vedi anche § 415, 455.

[3] Se in questo frammento mentre si afferma il possesso nel creditore (« tametsi possessionem habeat ») pure è detto « possessor non est », non è contradizione. Giacchè questa parola *possessor* vi è presa nel senso speciale di quell'editto, ved. § 81.

dae possessionis l. 2 § 2, de interd., Gaj. IV, 147. Vale a dire, secondo le teorie esposte § 48, in quanto che il creditore tiene la cosa nel proprio interesse (giacchè da essa gli viene la sicurezza del pagamento), possiede esso e non il debitore; ed in questo senso viene nella *l. 37, de pigner. act.* affermato di nuovo in esso e negato inoltre nel debitore il possesso.[4] Negazione che ritrovasi accennata nelle ultime parole della *l. 36, h. t.*[5] Viceversa sotto l'aspetto che il creditore tien la cosa nell'interesse del debitore (che molto ne ha, in vista e della proprietà e dei frutti cf. § 41 n. 2), in questo solo è riconosciuto vero possesso per mezzo e ministero del creditore, *d. l. 36, h. t.* « Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur[6] possidere » e *l. 7, § 3 C. de praescript. XXX vel XL annor.* ove del creditore si dice « imaginem debitoris obtinentem, eique possidentem... utpote apud debitorem ejus possessione per posteriorem creditorem constituta » e nel *vers. Ex quo autem* si nega implicitamente che il creditore sotto questo rapporto possegga *suo nomine.* Che poi qui non avvenga come nei casi che sopra esponemmo, cioè non si verifichi possesso civile solo in quello che possiede per mezzo altrui, ma anzi sia civile il possesso del debitore per la usucapione e quello del creditore per gl'interdetti, è esposto nella *l. 16, de usurp. et usuc.* « Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet, » e nella *l. 1, § 15, h. t.* « ad unam enim tantum causam videri (servum pignori datum) a debitore possideri; ad usucapionem. »[7]

§ 120.

Così abbiamo spiegato colle nostre regolari teorie il possesso del creditore nel pegno senza ricorrere al possesso de-

---

[4] Su questo frammento ved. § 135.

[5] Anche su questo frammento torneremo § 134.

[6] La parola *intelligitur* indica l'operazione del dritto civile § 50.

[7] Torna il *videri* ad indicare il lavoro del dritto civile.

rivativo di Savigny, senza confinarci nella vecchia *mancipatio cum fiducia* con Mühlenbruch *§ 237*, *not. 9*, senza investigare nel creditore un animo simile all' *animus domini* con Machelard *pag. 170*, senza trovarvi una finzione del dritto positivo con Windscheid (cf. § 20 e 94). E per converso non per una singolar finzione del gius positivo, ma colle dette teorie abbiamo spiegato il possesso del debitore. È il Savigny *pag. 272 segg.*, che non nel possesso del creditore, come fa Windscheid, ma piuttosto in quello del debitore trova una finzione; quasichè esso regolarmente non abbia alcun possesso ma questo gli si finga all'unico effetto della usucapione. E ciò a causa dell'interesse stesso del creditore, al quale importa che il debitore sia proprietario della cosa ad esso oppignorata.[1] Restrizione ingiusta delle ampie vedute delle leggi nostre; alla quale Savigny si riduce per la negazione di possesso nel debitore da lui rimarcata nelle *l. 36* e *l. 37 h. t.* e da noi sopra spiegata, e per la regola *plures eamdem rem in solidum possidere non possunt* che noi già ponemmo d'accordo colle nostre teorie § 48 n. 3.

§ 121.

Quanto al possesso del creditore, che noi per averlo trovato munito degl' interdetti abbiamo qualificato per civile, resta ad interpretare un famoso frammento, del quale (oltre la *l. 1*, *§ 9 10 de vi* di cui parlammo sopra § 107) si vale sommamente il Savigny *pag. 56 seg.* per dimostrare che anzi il possesso del creditore non è civile secondo la definizione ch' egli dà a tal possesso. Imperocchè Ulp. nella *l. 3*, *§ 15 ad exhibend.* dopo aver detto « Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni, » soggiunge immediatamente « Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. » Ora, dice Savigny, il *denique* significa: Per esempio, infatti. Ecco dunque il possesso del

[1] Pensiero che trovasi riprodotto in Molitor *pag. 40* ed in Machelard *pag. 167*.

creditore sul pegno, riportato da Ulp. ai possessi non civili ma naturali, appunto perchè, munito bensì d'interdetti, mancava di usucapione. A queste riflessioni di Savigny non mi sembra buona risposta il dire, che avendo Ulpiano stabilito la tesi dello esser tenuti coll' *actio ad exhibendum* sia i civili sia i naturali possessori, cominci subito dopo a dare nel creditore un esempio de' primi. Risposta giustamente criticata da Meischeider *pag. 80* come non spontanea e forzata, e da Bruns *Das Recht des Besits. p. 24*, come poco conveniente alla sintassi del frammento. Giacchè Ulpiano del possessore civile parla come di cosa indubitata e non da provarsi; e solo quando soggiunge che quanto all' *actio ad exhibendum* è in pari condizione il possessor naturale, intende aggiungere cosa da esser rimarcata e dimostrata: onde il suo posteriore discorso non si può non riferire alla prova di questa seconda parte della sua asserzione. Ed ancor meno accederei a coloro, che negano al *denique* usato da Ulpiano il significato attribuitogli da Savigny, quasichè tale avverbio non importi che la seguente proposizione abbia ad esser la prova della precedente. Poichè in verità il *denique* è adoperato e dai giureconsulti e dagli altri scrittori latini nel significato: In somma, Al postutto, Per dir cosa definitiva, Per finire i dubbi con una sola proposizione. Così è usato nel testo *l. 13*, *de adopt.*, *l. 9*, *pr. quod met. causa*, *l. 1*, *§ 10*, cf. *§ 9*, *de vi*, *l. 8*, *ad l. Iul. majest.*, *l. 87*, *de R. I.* Così da Seneca *de ira lib. 3*, *c. 18* e da Cesare *de B. G. lib. 2. c. 33.*[1] — Credo che il frammento debba spiegarsi accostandolo alla *l. 5*, *pr. eod. tit. adexh.* Certo i due frammenti spettano ad uno stesso passo d' Ulpiano, come risulta dalla iscrizione di ambedue; passo spezzato dai compilatori colla poco acconcia interposizione del breve luogo di Pomponio *l. 4. eod.* Pertanto Ulpiano stabilisce primieramente, che l' azione *ad exhibendum* si può esperimentare non solo contro chi possiede civilmente ma anche contro chi naturalmente, mentre anche questo ha

[1] Illi (Aduatici), ante inito, ut intellectum est, consilio, quod deditione facta, nostros praesidia non inducturos, aut denique indulgentius servaturos crediderant etc.

la facoltà di esibire. Passa quindi a dimostrare tale sua proposizione con un esempio elegante e decisivo *(Denique)*. Esempio in cui si trova un possessore che ora è civile ora è naturale, e che pure è sempre tenuto coll'azione medesima. In verità esempio più conveniente alla detta proposizione non si poteva trovare. Si rinviene tale esempio nel caso che alcuno abbia intrapreso il trasporto di merci altrui per certa mercede, e le abbia riposte in un magazzeno che a sua volta esso prese in affitto da un *horrearius*. [1] Chi è in questa ipotesi tenuto coll'azione *ad exhibendum?* La risposta, che a questa domanda dà Ulpiano sull'autorità di Celso, fornisce l'enunciato esempio. Comincia Ulp. dal ricordare il principio che il creditore è tenuto certamente coll'azione *ad exhibendum*, come quello che è possessore anche civile; principio che sommamente serviva ad intendere lo sviluppo seguente del suo discorso. Segue dicendo, che nel caso l'azione *ad exhibendum* si può secondo Celso muovere contro colui, che prese in affitto le merci allo scopo di trasportarle; ed, esso morto, contro l'erede di lui; e, se esso non viva e non abbia erede, contro l'*horrearius* « Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest. Item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit, cum horreario agendum. » Poichè l'*horrearius* o possiede civilmente le merci, se cioè il proprietario di esse glie le abbia oppignorate in sicurezza della mercede del suo magazzeno, precisamente in analogia col ricordato principio; o, se non gli siano state così oppignorate, le possiede almeno naturalmente ed ha potere di esibire [2] « nam si a nullo (inquit) possidentur, verum est, aut hor-

---

[1] *Horrearius* era colui, dal quale altri prendeva in affitto magazzeni o esoi od affittatigli da terzi, allo scopo che vi fossero riposte e custodite delle merci, *l. 60, § 9, loc. cond.*

[2] In verità per la mercede del magazzeno si ha pegno legale sulle merci importate *l. 3, in quib. caus. pign. vel hypoth. tac.*; ma ciò non può aver luogo che su merci di proprietà di colui che abbia preso in affitto dall'*horrearius* il magazzeno (cf. *l. 2, de pign. act.*); lo che nel caso non si verificava secondo la specie esposta.

rearium possidere, [4] aut certe ille est, qui possit exhibere. » Ed ecco trovato l'esempio. Anzi soggiunge Ulpiano dopo Celso, che anche quando si dice che l'*actio ad exhibendum* può muoversi contro quello stesso che intraprese il trasporto per mercede, s'incontra lo stesso. Poichè com'è che egli possiede? forse perchè ha un pegno sulle merci? ma ciò non esiste senza una convenzione espressa; onde ritorna anche su lui la detta distinzione che ora sia civile ora naturale possessore, eppure è sempre tenuto coll'azione *ad exhibendum* « Idem ait: quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? Quae species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri. » [5] Adunque il famoso *vers. denique* della *l. 3 § 15 ad exhib.* spetta, è vero, alla prova assunta da Ulpiano, che anche il possessor naturale sia tenuto coll'*actio ad exhibendum*, ma non è che lo esordio, un principio preposto per intender la detta prova qual'era

---

[4] Ved. § 102.

[5] È nota disputa fra gli scrittori, se abbia pegno legale chi diè danaro per pagar la mercede de'magazzeni, o somministrò i magazzeni medesimi per la conservazione delle merci, ed in genere a colui per cui avvenne che la cosa stia e si conservi nel patrimonio del debitore. Io starei per la negativa. Poichè non v'è legge, ove tal pegno legale sia accordato; anzi osta all'affermativa sentenza il testo nella *l. 17, C. de pign. et hyp.* Non muove l'esempio dell'ipoteca legale data a chi somministrò danaro per ricostruire un edifizio ruinoso *l. 1, in quib. caus. pign. vel hyp. tac.*: giacchè nè in diritto eccezionale si può procedere per esempi, nè mancano nel caso di *d. l. 1*, particolari favori per la ricostruzione degli edifizi tanto curata dai romani. Non vale lo argomentare *a majori ad minus* sulle *l. 5*, e *l. 6, qui potior. in pign.*: poichè l'argomento *a majori ad minus* come ce l'offre Paolo nella *l. 110 de R. I.* vale dentro la cerchia dell'istesso affare, della cosa medesima; onde chi in un affare può il più deve nell'affare stesso potere anche il meno. Ma non vale nella comparazione di affari o cose disparate: onde p. e. può il marito secondo la legge giulia *de fundo dotali* vendere col consenso della moglie il fondo dotale, eppur non può con detto consenso ipotecarlo; può una donna donare le cose sue, eppure non può impegnarsi in una sicurtà pel Velleiano; un mandatario a donare può donare bensì, ma non vendere. Del resto cf. la *l. 7, C. qui potior in pign.*, ove è trattato un altro caso di pegno poziore non ostante che posteriore, e che pure non è legale. Il testo che stiamo spiegando è in pieno accordo colla opinione che qui ho difeso.

per esser indotta nel seguente discorso che figura nelle pandette alla *l. 5, pr. eod.* Ogni malinteso è venuto dalla interposizione che i compilatori han fatto di quel brevissimo frammento nella *l. 4*, per cui senza essere indotto alcun errore nella teoria dell'*actio ad exhibendum*, che stavano esponendo sotto quel titolo, si è però generata confusione nell'intelligenza del possessore civile e del possessore naturale.

§ 122.

Le cose fin qui discorse valgono pel pegno propriamente detto, e non per la propriamente detta ipoteca, ove nessun possesso è del creditore, secondo la sua stessa natura *l. 9, § 5. de pign. act., § 7. I, de action.* [1] Onde se dopo esser stato convenuto fra il locatore d'un fondo e il colono, che le cose, le quali verranno trasportate, inferite, introdotte nel fondo od ivi saran nate o fatte, saranno obbligate a quello in sicurezza della mercede, avvenga che realmente la mercede non sia pagata; al locatore medesimo per portar via le suddette cose compete l'interdetto salviano « *adipiscendae* possessionis » *l. 2, § 2 de interd. Gaj. IV, 147.* — Sembrano ostare le *l. 19 § 6; l. 66 pr. de furt.*; ove è stabilito che possa esercitare l'azione di furto il creditore, al quale la cosa non fu consegnata ma obbligata per mera convenzione, contro il padrone che venda con animo di pregiudicare a ciò che su quella cosa al creditore medesimo competeva. Ora furto a carico del creditore non si concepisce se non che *possessionis.* Non *rei*, perchè non è padrone; non *usus*, perchè uso strettamente inteso egli non ha nel pegno propriamente detto (§ 41) e molto meno nell'ipoteca. Sembra adunque riconosciuto un possesso del creditore sull'ipoteca in que' due frammenti. Ai quali per con-

---

[1] Isidor. *Orig. V, 25.* « Hypotheca est, cum res aliqua commendatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. » Già trovasi scritto presso Cicerone *ad familiar. XIII, 56:* « Praeterea Philothes Alabadensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. »

verso sembra opporsi la *l. 1, vers. praesertim, de distract. pign.*, nella quale è negata l'azione di furto al creditore, se un posterior creditore venda le cose a quello obbligate senza però che fossero presso il medesimo; resa la ragione, perchè « possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. » — Convien distinguere. I due primi testi trattano di pegno costituito e non d'ipoteca; vale a dire del caso che siasi convenuto di costituire attualmente il pegno, ossia di consegnar presentemente la cosa al creditore, ma intanto la cosa resti di fatto presso il debitore. Nel qual caso per via di costituto possessorio il creditore divien possessore, come a suo luogo vedremo e con altri testi confermeremo. Infatti di pegno, di cosa pignorata parlano espressamente que' testi. Anzi la data spiegazione è indicata dalla *l. 19, § 6*, ivi « si *eo tempore* abstulerit, quo non possidebat. » Adunque cotesto stato era temporaneo, e la cosa era destinata ad esser realmente consegnata al creditore. Il « non possidebat » poi è detto da Ulpiano, come si dice quando non possediamo da noi stessi e secondo la semplicità naturale (§ 50), massimamente qui ove trattasi di possessore per costituto possessorio, che è una vera finzione di dritto civile (§ 265). Lo che concorda coll'opporlo che fa Ulpiano « possidenti sive tenenti » cioè a chi abbia detenzione, possesso naturale (§ 101). Nè meno significante è Paolo nell'altra *l. 66, pr.*; il quale parlando costantemente di colui che « rem pignori *dedit* » dice ch'ei fa furto sia che avesse realmente consegnato al creditore sia che si fosse realmente restato ne'limiti del patto: ora il *dare* la cosa e pur restare realmente ne' confini della convenzione, non può intendersi che per mezzo del costituto possessorio.[1] Ma nella *d. l. 1 de distr. pign.* Papiniano tratta di pegno improprio ossia d'ipoteca. Lo che da ciò solo si apprende, ch'ei parla dell'obbligata universalità de' beni, ossia d'ipoteca generale. Mentre il pegno propriamente detto non poteva indurre un vincolo, il quale non le cose singolarmente ma la loro uni-

[1] Simile spiegazione daremo per intendere la difficile *l. 33, § 5 de usurp. ed usuc.* (§ 271).

versalità abbracciasse tanto delle presenti che delle future. Nel modo istesso che la donazione di tutti i beni non riceve tradizione o mancipazione *fragm. vat. § 263*, *Cod. Hermog. VII*, *1*, *edit. Hänel*, mentre tali atti solo nelle singole cose si concepiscono. E credo che Paolo *d. l. 66*, *pr. de furt.* parli perciò espressamente di *speciale* convenzione; affine cioè di limitare ad essa il pegno composto nel suo caso per costituto possessorio, mentre in convenzione generale non potrebbe sussistere.

§ 123.

11.° Adesso vediamo del possesso del sequestratario. Il concetto del *sequester* accede a quello del depositario. La *sequestratio*, come la chiamano gli scrittori, ossia il deposito sequestrario, si fa per lo più quando una cosa litigiosa rimane col consenso delle parti litiganti depositata presso un terzo, onde a lite finita venga al vincitore consegnata. Questo terzo è detto *sequester* da *sequendo*, ossia in quanto la cosa viene commessa a lui che occorre e quasi segue i litiganti *l. 110 de V. S.*, ovvero in quanto i litiganti seguono la sua fede.[1] – Possiede il sequestratario? e come? forse solo naturalmente siccome avviene nel depositario, riconosciuto il possesso civile in un altro che per suo mezzo usucapisca e muova gl'interdetti; ovvero civilmente così che esso non usucapisca già, privo com'è d'animo di dominante o di buona fede ed inoltre di titolo, ma gli interdetti promuova? Il possesso meramente naturale nel sequestratario, e civile in altri, sembra persuaso dal trovarsi il sequestratario ridotto frai depositarii,

[1] GELL. *XX, 11.* « sculnam volgo dici, quasi seculnam, quem qui elegantius loquuntur sequestrem appellant. Utrumque vocabulum a sequendo factum est, quod ejus, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur. » ISIDOR. *Orig. X, 1, 260.* « Sequester dicitur, qui certantibus medius intervenit, qui apud graecos ὁ *μέσος* dicitur, apud quem pignora deponi solent quod vocabulum ab obsequendo factum est, quod ejus, qui electus est, utraque pars fidem sequatur. »

tanto nella *l. 17, § 1 depos.* che tratta il sequestro come specie di deposito, quanto nella *l. 39, h. t.* che in trattato di sequestro adopera costantemente il verbo deporre. Vero egli è, che non ci si offre chi possa ad arbitrio ripigliar la cosa come nel deposito ordinario. Ma ciò che monta nella nostra questione? Imperocchè la potestà di ripigliare immediatamente la cosa non è punto necessaria perchè si possegga civilmente per mezzo di altri: esempio già trovammo nel debitore sul pegno, altri ne troveremo ancora. Se non che Fiorentino nella *d. l. 17, § 1 depos.* afferma possedere il sequestratario, non trasferirsi la sua opera a formare possesso civile ne' deponenti, così che niuno de'litiganti usucapisca, notata la differenza verso il deposito ordinario. « Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio; nisi apud sequestrem deposita est, nam tunc demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. » Però Giuliano *d. l. 39, h. t.* distingue « Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res, nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum; ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet: at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. » Di modo che, salvo il caso che manifestamente si provi esser stato fatto sequestro « omittendae possessionis causa », Giuliano dà una decisione diametralmente opposta a quella di Fiorentino.

§ 124.

Come si conciliano questi frammenti? Come si può intendere la distinzione proposta da Giuliano? Chè in verità parrebbe che ogni sequestro avvenga « custodiae causa », ossia all' effetto che la cosa sia conservata per essere resa al vincitore, onde vien sempre e da Giuliano e da Fiorentino considerato come una specie di deposito. Onde se in tale ipotesi Giuliano dà al vincitore possesso ed usucapione, parrebbe che in ogni sequestro avrebbe dovuto riconoscere tanto, e così risultare una risposta assolutamente contraria alle vedute di

Fiorentino. — Ecco la mia opinione in proposito. Avveniva talvolta che il petitore volesse decisamente godere del possesso; ed allora conveniva litigar con esso coll'*utrubi*. Avveniva altra volta che egli ciò solo bramasse, che il possesso non rimanesse presso il reo convenuto nel quale non avea fiducia. In questo caso potevasi evitare la lite interdittale adoperando il sequestro. Il sequestro poi potevasi comporre in due modi, secondo che l'attore più mitemente o più duramente si diportasse. Se l'attore era mite, allora il reo gli esponeva come dallo sviluppo delle prove potesse risultare che niun de' due fosse il padrone e così esso vincesse *ex non jure actoris*. Che per se dannoso, inutile all'attore sarebbe stato che frattanto s'interrompesse il possesso e l'usucapione. Esservi un modo atto a garantire l'interesse di ambedue. Che cioè esso reo convenuto deponesse presso il sequestratario in nome proprio in modo che esso sequestratario tenesse la cosa per lui siccome sogliono i depositari, e gli fosse del possesso istromento: aggiunto però il patto, che, se l'attore fosse per risultare vincitore, a costui avesse il sequestratario a restituire la cosa.[1] Che deve dirsi del possesso, se questo metodo venga adottato? Il sequestratario è depositario del reo convenuto; si verifica un deposito che prossimamente accede ai depositi ordinari; può nominarsi questo sequestro « custodiae causa » come gli altri depositi. Pertanto il deponente possiede per mezzo del sequestratario ed usucapisce. Solo che gl'interdetti non dal deponente ma dal sequestratario verranno esercitati. Non dal deponente, per ragioni simili a quelle per cui vedemmo negati gl'interdetti al debitore nella cosa oppignorata; cioè onde colludendo con un terzo non faccia frode al sequestro. Sibbene al sequestratario: mentre anche nel comune depositario vedemmo, che non assurdo sarebbe

---

[1] Convenzione valida secondo la *l. 8, C. ad exhib.*, nella quale vien concessa un'azione utile *depositi* al proprietario delle cose che alcuno abbia depositate colla legge che venissero a quello restituite: eccezione alla regola del non contrattare per altri. Ora nel caso la convenzione fu fatta precisamente nella ipotesi di dominio riconosciuto per sentenza nell'attore.

stato il concedergli gl'interdetti in vista dell'interesse ch'esso ha nel compimento della sua obbligazione di conservare la cosa; ora nel caso altro non v'è che eserciti gl'interdetti. Essendo il metodo, che finquì abbiam descritto il più mite ed equo, è ragionevole che fino a prova contraria si presuma per esso, dappoichè con esso è salvato l'interesse che ha il reo convenuto di usucapire. Salvato inoltre è ogni interesse dell'attore, perchè frattanto la cosa in niun evento rimane presso il reo convenuto a lui sospetto, e, se esso attore vincerà, la cosa verrà ad esso restituita. Senza che all'attore medesimo, se in verità sia padrone, alcun pregiudizio arrechi l'usucapione che frattanto nella pendenza della lite sia dal reo usucapita: dappoichè è regola generale, che, se le usucapioni non vengono per contestazion di lite interrotte, però si compiono dopo la contestazione medesima solo per sommo diritto, e la cosa deve essere al postutto restituita dall'usucapiente *ll. 18, segg. de R. V.* (§ 557). Molto meno la usucapione medesima farà ostacolo nel caso nostro alla restituzione prestabilita, che deve farsi dal sequestratario. Pertanto adottato questo primo metodo abbiamo due possessi civili, uno nel deponente e l'altro nel sequestratario.

§ 125.

Ma non sempre l'attore, che non voleva che la cosa restasse presso il reo convenuto, si mostrava così condiscendente. Talvolta non tollerava affatto la durata del possesso nel medesimo. Non soffriva che la cosa venisse depositata piuttosto a nome d'uno che d'un altro; voleva che il sequestratario non fosse per tener la cosa decisamente per uno de'due, ma che la conservasse esclusivamente al vincitore futuro, per renderla a questo, finito il giudizio. Ed il reo convenuto per non litigare coll'*utrubi* subiva queste più dure condizioni. Anche qui il sequestro si fa per ragion di custodia ed è deposito; ma deposito che dagli ordinari maggiormente si allontana. Non v'è un solo determinato deponente per cui tenga il sequestratario; costui non riconosce decisamente uno a cui

presti ministero nel possedere; giacchè pende dal futuro esito della lite la determinazione della persona del vincitore. Pertanto da ciò che *actum est* risulta che nè l'attore nè il reo possegga. Non è sequestro fatto solamente « custodiae causa, » ma anche « omittendae possessionis. » [1] Il possesso civile sta nel solo sequestratario; non certamente all'effetto dell'usucapione, per cui gli manca l'animo di dominante o la b. f., ed il titolo; ma per gl'interdetti, come nell'altro caso trattato nel precedente paragrafo; precisamente per la riflessione che egli ha interesse ad esercitarli in vista del suo dovere di conservare la cosa, unita la circostanza che altro non v'è che li promuova. Questo metodo è certamente più duro, quindi non si presume per esso. Un possesso solo ci si presenta nel medesimo, quello cioè naturale insieme e civile del sequestratario.

§ 126.

Si osservi come in nessuno de' due casi trattati ne' due paragrafi precedenti possesso civile si trovi nell'attore. Non nel primo, perchè non esso depone, non per esso tiene attualmente il sequestratario. Non nel secondo, perchè il sequestratario per niuno de' due litiganti attualmente tiene, secondo le cose suesposte. In massima poi, siccome per altrui mezzo non si può acquistar possesso senza una certa disponibilità sulla cosa per parte dell'acquirente, che definiamo nel § 242, e l'attore tratterebbe appunto di acquistarlo; in esso quella disponibilità manca fintantochè la cosa restar deve presso il sequestratario. — Ora veniamo allo esame dei testi; e primieramente della *l. 39*, *h. t.* Giuliano distingue « Si omittendae possessionis causa (2° dei due casi esposti)... ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet, » appunto perchè vedemmo che il possesso non è di alcuno de' litiganti. Aggiunge che non si crede esser stato fatto a

[1] Presa la parola *omittere* per abbandonare, come anche nella *l. 1. § 25 de vi.*

questo modo se non « hoc aperte fuerit approbatum, » perchè questo caso più duro non viene mai presunto. Piana spiegazione, da cui ben si allontana Muther *Sequestr. und Arrest pag. 226, seg.* quando queste parole interpreta così: Se ciò sia consono alla universal consuetudine; insolita ed inopinata accezione delle medesime. Segue Giuliano « At si custodiae causa deponatur (1° caso) ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. » Quel « victori procedere » letteralmente preso può essere inteso in due modi. O assolutamente, cioè a qualsiasi delle due parti che vincerà. O limitatamente, cioè a quella che vincerà delle due parti, della quale ciò può dirsi secondo la ragione e l'*id quod actum est.* Imperocchè in ambedue le accezioni è vero che « victori procedit: » in ambedue è osservato il contesto di Giuliano che vuol mostrare la differenza coll'altro caso dove a niuno dei due litiganti l'usucapione correva, ora a *niuno* tanto si oppone *alcuno* quanto *ambedue.* Il comune errore è, mi sembra, di avere scelta la prima accezione, mentre abbiamo provato che nell'attore l'asserzione sarebbe falsa. La seconda accezione dev'essere preferita; così che Giuliano significhi che il possesso proceda per l'usucapione del vincitore deponente. *Procedere* è detto da Giuliano per *prodesse*, esser utile, efficace: perchè veramente il deponente usucapisce sempre per mezzo del sequestratario anche se ei non vinca, ma in tal caso l'usucapione non gli è utile ed efficace, dovendosi in ogni modo restituir la cosa al vincitore; la utilità ed efficacia è da esso provata solo in caso di vittoria. [1] Passiamo adesso

[1] Dalle cose dette si rende chiaro perchè Giuliano non parli in ambedue le parti del suo responso del solo deponente, nè in ambedue dell'uno e dell'altro litigante; ma nella prima parte (sul sequestro « possessionis omittendae causa ») parli dell'uno e dell'altro, nella seconda parte (sul sequestro « custodiae causa ») parli del solo deponente. La ragione è perchè quando il sequestro si fa « possessionis omittendae causa, » il deposito è impersonale ed il sequestratario conserva la cosa al vincitore, onde la disputa dovea necessariamente istituirsi sopra ambedue i litiganti se possedessero. Ma quando il sequestro è « custodiae causa, » allora uno solo avea deposto a nome suo, ed era assurdo qualunque dubbio sull'altro,

a Fiorentino *l. 17, § 1, depos.* Egli dice che il sequestratario possiede solo: « demum sequester possidet » escludendo con questo modo di parlare il possesso de' litiganti, « id enim agitur ea depositione ut neutrius possessioni id tempus procedat. » Non è necessario che con Duareno[2] diciamo che nel caso di Fiorentino l'oggetto del deposito non era stato la cosa ma il possesso, con ardita sottigliezza contraria alle parole di Fiorentino che avea istituito il discorso « *Rei depositae etc.* »[3] Il giureconsulto avea proposto la discussione sulla proprietà e sul possesso della cosa deposta. Avea detto la regola generale che « proprietas apud deponentem manet. » Avea soggiunto l'altra regola « sed et possessio. » Qui eccepisce « nisi apud sequestrem deposita est; nam tunc demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. » Non era proponimento di Fiorentino di fornire l'intero trattato del possesso nel caso del sequestro, come lo era di Giuliano che di esso solo parla esclusivamente; ma solo di trovare un'eccezione alla regola proposta sul possesso presso il deponente. Ed ottimamente la trovava nel sequestro in cui può il possesso non essere presso il deponente. Questo poter mancare il possesso presso il deponente bastava per fermarvi l'eccezione; senza che fosse necessario che sempre ed assolutamente nel sequestro si verificasse la mancanza di possesso nel deponente. Tal mancanza ha luogo nel secondo caso di sequestro sopra esposto da noi, e perciò di esso solo si occupa Fiorentino; non del primo che era fuori della sua tesi, perchè rientrava nella regola generale dei deponenti possessori.

———

sia sull'attore, il quale attualmente, cioè pendente lite, non era punto riconosciuto dal sequestratario. Quindi per quèsto caso Giuliano al solo reo convenuto riporta il suo discórso.

[2] *De sacris ecclea. minist. III, 10.* La sua opinione è seguita dalla maggior parte dei recenti; SAVIGNY *pag. 279, n. 1*; VANGEROW *I, § 200, n. 1, num. 2, d.*; BRUNS *Das Recht des Besitz. pag. 7.*

[3] Ne' Basilici *XIII, 2, c. 17, 3,* HEIMB. *II, 49* è espresso, che la cosa fu data al sequestratario « Ἡ δεσποτεία καὶ ἡ νομὴ τοῦ παραθεμένου μένει, πλὴν τοῦ μεσεγγυωμένου. ἐκεῖ γὰρ ὁ μεσεγγυητὴς νέμεται. »

§ 127.

12.° Del possesso del precarista, cioè di colui « cui, precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is, qui concessit, patitur » *l. 1, pr. de precar.* Ripetendo l'esame del possesso naturale, si scorge che questo si trova nel precarista, perchè tutti gli estremi se ne verificano nella stessa guisa che vedemmo verificarsi nel figlio di famiglia, nel servo, nel depositario. Si noti principalmente che la sua non può dirsi momentanea detenzione, perchè (precisamente come dicemmo sul figlio di famiglia ecc.) il precario si concede colla mente d'una qualche durata, nella stessa dazione a precario si forma come un capo onde dipende una serie di susseguenti atti di godimento. Ed in ciò è distinto il precario dalle concessioni *jure familiaritatis*, dalle quali lo separa Ulpiano *l. 1, § 6, de itinere etc.* come più largamente esporremo § 469. Infatti un possesso e giusto possesso è riconosciuto nello avente a precario dalla *l. 7, § 4 de comm. divid.* Nè basta. Quantunque il precarista abbia qualche cosa meno del comodatario in quanto che il precario è revocabile *ad nutum* mentre il comodato non lo è che ad uso finito; pur non ostante in quello è riconosciuto ancora un possesso civile. Non allo effetto di usucapire, mentre è possesso destituito d'animo di dominare o di b. f., e di giusta causa, è possesso vizioso; ma all'altro di promuovere gl'interdetti. Tanto è vero, che l'animo di dominare non è punto necessario pel possesso civile; e che il dar gl'interdetti massimamente dipende dall'economia e dalla prudenza del pretore. Però il possesso civile del precarista non è continuo. Viene da Ulpiano *l. 10, § 1, h. t.* fatta distinzione, secondo che la rogazione avvenne *ut possideret* ovvero *ut in possessione esset;* e in *d. l. 10, per tot.* è di tale distinzione fatta applicazione, così che nel primo caso sia incompatibile colla conduzione la quale non fa possessor civile, nel secondo caso sia compatibile colla medesima. Appunto perchè il primo caso importa il *possidere* che secondo la solita antonomastica accezione è posseder civilmente, il secondo caso importa l'in

possessione esse che è possedere naturalmente (§ 102). Il possesso civile nel precarista è confermato da Sabino riportato da Paolo nella *l. 3, § 5, h. t.*, da Ulpiano *l. 4, § 1, de prec.*, da Pomponio *l. 15, § 4, eod. tit.*, da Ulpiano stesso nella *l. 1, § 9, uti possid.* ove è concesso al precarista l'interdetto *uti possidetis;* finalmente si arguisce chiaramente dal parlare di Giavoleno *l. 21, § 3, h. t.* Testi tutti, che spettano al caso di rogazione *ut possideret* o simili (come *ut sibi possidere liceat d. l. 15, § 4*). Per converso il possesso, cioè il civile, è al precarista negato da Ulpiano nella *l. 6, § 2, de precar.* in trattato di rogazione *ut in possessione esset*, ossia, che equivale, *ut in fundo moretur.* E concorda Giuliano *l. 33, § 6 de usurp. et usuc.*

§ 128.

A chi ritenga le nostre teorie sull'animo necessario al possesso e sulla natura degl'interdetti, non è difficil cosa lo assegnar la ragione dello esser stato nel modo suesposto riconosciuto un possesso atto agl'interdetti in chi ottenne la cosa a precario. Se gl'interdetti non furono dati al possesso del colono e del comodatario, la ragione fu nello essere per la maggior parte de'casi sufficiente lo averli dati al padrone, in cosa da moderarsi interamente dalla pretoria economia. Nel caso del precario le cose procedevano diversamente. Fu già dagli antichi tempi della Repubblica l'*ager publicus*, consistente nel suolo divenuto per dritto di guerra proprietà del popolo romano. Se ne facevano diversi impieghi, conservata però sempre la proprietà dello Stato (cf. § 80). Tutto ciò che di questo territorio restava incolto, ed erano spazi ben vasti, veniva aperto alla occupazione de' cittadini per mezzo di promulgato editto; prescritte certe regole, e stabilita una certa imposta verso la repubblica, consistente in una decima delle biade ed in una quinta parte degli altri frutti: segno della proprietà che lo Stato conservava (§ 35, d. § 80). Siculo Flacco *de cond. agror. pag. 3, ed. Goes., pag. 138, ed. Lachmann* narra che la misura dell'occupare non era fissata « non ex mensuris actis... modum accepit » ma che ciascuno occupava

« quod aut excoluit, aut in spem colendi occupavit. » Soggiunge *pag. 137, 19* « nec tantum occupaverunt quod colere potuissent, sed quantum in spem colendi reservavere. » Ed Igino *115, 7*, « non solum tantum occupabat unusquisque quantum colere praesenti tempore poterat, sed quantum in spem colendi habuerat ambiebat. » Onde a cotesto territorio fu dato il nome di *occupatorius.*[1] Però questa occupazione di *ager publicus* era esercitata dai soli patrizi.[2] Sia che ad essi unicamente fosse accordata; sia piuttosto che da essi soli, potenti di danaro e di uomini, venisse pria esercitata, e poscia ne venisse da loro usurpata la esclusività, come sembra doversi intendere Livio *4, 53, 6*, e *6, 5.* Dalla libertà di occupar vasti spazi, ed insieme dal ristretto numero degli occupatori, facilmente s'intende quanto grande risultasse l'ampiezza dell'*ager publicus* occupato dai singoli. Vero egli è, che la legge licinia, promulgata sul declinare del secolo IV, U. C. dopo violente opposizioni, limitò la quantità dell'*ager* che ciascuno cittadino potesse avere, e che capacità ai plebei fu data o meglio confermata. Ma per leggi non si cangia di repente il costume, lo che è frutto di lungo e paziente lavoro di educazione: e leggi benchè buone, opposte alle costumanze, sono come debole riparo contro straripante fiumana. Benchè la l. licinia venisse poscia qua e là applicata; pure i ricchi ora per compre ora per oppressione acquistarono le possessioni de'poveri vicini, sicchè al cadere della repubblica a tale si era giunti, che i medesimi meglio che fondi tenessero larghissimi territori con immenso pubblico danno: « latifundia perdidere Italiam » come dice Plinio nella istoria naturale. Tiberio Gracco ottenne che venisse decretato, non doversi tenere da

[1] Hygin. *loc. cit.* Sul principio egli sembra derivar la parola *occupatorius* da ciò, che fosse territorio occupato in massa dal popolo vincitore; ma colle parole posteriori spiega meglio che la etimologia è dalla occupazione dei singoli come noi la esponemmo. « Occupatorius ager dicitur eo, quod occupatus est a victore populo, territis exinde fugatisque hostibus... quia non solum tantum occupabat unusquisque etc. » Così anche Isidoro *Orig. 15, 3, 3* riportato a § 35.

[2] Livio *IV, 51;* Dionys *VIII, 70.*

ciascuno oltre i jugeri cinquecento:[3] e poscia C. Gracco curò che fosse per legge fatta inquisizione sulla lecita quantità dei fondi onde l'eccedenze venissero fra' poveri distribuite.[4] Ma morto Gracco, data di nuovo facoltà di vendere i fondi propri, di nuovo i ricchi a se li trassero, ed il male divenne peggiore di prima.[5]

§ 129.

Di tanta ampiezza di possedimenti i patrizi, che per se non arrivavano a provvedere per la coltura ed a valersene come d' un diretto cespite di ricchezza, si servivano allo scopo di accrescere e confermare la loro potenza. Ne davano a precario a' lor clienti, che così obbligavano col beneficio e colla revocabilità ritenevano legati. Ed a questo punto Niebuhr *Röm. Gesch. II, pag. 167* ha riferito, congetturando probabilmente, un passo di Festo *v. Patres* « Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus ac (perinde ac) liberis popriis. » — Questa è la origine del precario. E n' è bella conferma la riflessione che originariamente il precario fosse di soli fondi, lo che può ben argomentarsi dalla *l. 4, pr. de prec.*, e da Isidoro *Orig. V. 25*, [1]. Ora se in tal possesso turbati fossero i clienti precaristi, era ordinariamente ben difficile soccorso e per essi, e pe' concedenti patrizi, un interdetto a patrizi medesimi accordato, attesa la grande lontananza de' luoghi. Quindi gl' interdetti dati piuttosto agli aventi a precario. — Le cose fin qui dette non danno la diretta ragione, per cui anche nell' epoca tarda della compilazione giustinianea si conservi talvolta il possesso civile

---

[3] APPIANO *De bell. civ. 1, 9.*

[4] PLUTARCO *C. Gracc. 5.*

[5] APPIANO *De bell. civ. 1, 17.*

[1] Add. § 743. n. 2 — Così la origine del precario è stata fissata da NIEBUHR, e dopo lui da altri come da SAVIGNY *pag. 173. seg. pag. 453, seg.* e da WALTER § 37. Probabile la ritengono MACHELARD *pag. 263;* BRUNS *Besitzklag. p. 180;* RANDA *pag. 195, no. 25;* MOLITOR *pag. 148;* MAYNZ *§ 166;* DOVERI *I, pag. 450.*

nel precarista. Nella detta compilazione la ragion diretta del darsi talvolta ai precaristi gl' interdetti sta nell' *id quod actum est*, ossia nella natura stessa del precario fatto *ut possideret* a differenza dell' altro fatto *ut in possessione esset;* mentre il secondo solo il natural possesso induce espressamente, il primo induce espressamente il civile. Ma le predette cose spiegano per qual via si giungesse a fare in pratica appunto tali precari *ut possideret*, importanti possesso civile a differenza de' comodati e di altri simili negozi. Poichè i romani, usati dall' antichità a vedere nel precarista una posizione che dovea esser difesa cogl'interdetti ad esso stesso concessi, facilmente seguitarono anche ne' precari, che furono posteriormente concessi fuori dell' *ager occupatorius*, a disporre le cose in modo, che, se il padrone ed il precarista si trovassero per lontananza od altri motivi in posizione simile a quell'antica, fosse anche oggi aperta al secondo la facoltà di esercitar gli interdetti. Adottarono negli usi quella doppia foggia di comporre il precario; *ut possideret* per questi casi; *ut in possessione esset* pe' casi ne' quali circostanze di quella natura non si verificassero, e lo stato de' fatti si presentasse in maniera che sembrasse abbastanza provveduto col lasciar gl' interdetti al padrone.

§ 130.

Pertanto se il precario è fatto *ut possideret*, il precarista possiede civilmente ed ha gl' interdetti. Però ritorna anche qui, che se egli tien la cosa nel suo interesse, la tiene pur anco nell' interesse del concedente, che egli riconosce per padrone ed a cui conserva la cosa stessa. Sotto questo aspetto torna la solita operazione del dritto civile; si riconosce un possesso nel concedente, ritenuto da esso per ministero del precarista. Ciò è forse inteso da Ulp. quando nella *l. 4*, *§ 1*, *de prec.* dice « eum qui precario habet, *etiam* possidere ». Ciò è detto chiaramente nella *l. 3*, *§ 5*, *h. t.* Ciò stesso è confermato dalla *l. 15*, *§ 4 de precar.* dove Pomponio scrive « penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum,

qui rogasset, quia possederat corpore; penes dominum quia non discesserit animo possessione ». Si serve il giureconsulto di questa circonlocuzione riguardo all' animo, in opposizione all' altra espressione « possederat corpore » usata da esso per significare possesso ritenuto nel corpo proprio (§ 50), perchè non poteva usar l' altra più semplice « animo possidet » riservata al caso del possesso ritenuto col solo contatto abituale (d. § 50). Non credo che abbia ragione Savigny *pag. 158* nel sostenere che la inserzione nelle Pandette della *l. 15, § 4, de precar.* sia dovuta ad un meno logico procedere dei compilatori, credendo che questo frammento sia in opposizione colla regola sul negato solidal possesso di due persone. Già vedemmo § 49, no 3. che tale opposizione non esiste punto. Credo parimenti che non bene aggiunga per negare al padrone il civile possesso, che esso ha l'interdetto *de precario* che secondo esso Savigny è *recuperandæ possessionis.* Poichè può tale interdetto dirsi *recuperandæ possessionis* rispetto a quel possesso che sotto altro rapporto ha non il padrone ma il precarista [1]. Meno ancora prova a negare il possesso civile nel padrone la *l. 17, § 1, h. t.*, invocata pur essa da Savigny *pag. 159, no. 3* « Si quis... ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere. » Poichè Ulpiano ciò dice come spiegazione di quel che avea preposto, receder cioè il possesso appena altri costituisca di non voler possedere: vale a dire sostiene, che questo si verifica quando sia la cosa consegnata così, che per ora il possesso gli sia perduto, indi venga restituito. Come se alcuno venda, e trasferisca consegnando il dominio, aggiungendo il patto commissorio od altro simile (§ 294). Non troppo genericamente si deve intendere quel passo d' Ulpiano, onde non si creda perduto il possesso quando la cosa sia per esempio consegnata al depositario o al colono: allorchè la cosa sia

---

[1] E ciò anche quando il precario è *ut in possessione esset,* benchè allora il precarista abbia solo il possesso naturale; perchè basta anche questo per esser obietto d' interdetti aventi simili denominazioni (§ 605) — SAVIGNY crede anche che l' interdetto *de precario* sia possessorio; e noi anche su questo punto non ci accordiamo con lui (§ 742, seg.).

consegnata, ma in tali aggiunti che l' accipiente presti ministero pel possesso al tradente, il detto di Ulpiano non va applicato.

§ 131.

Però credo, che il dante a precario non possegga che all' effetto della usucapione; non già a quello degl' interdetti da sperimentarsi contro terzi; checchè dica in contrario Hagen *dissert. de possess. precar. etc. Hamm 1840*, seguito da Rudorff *Anhang num. 48, seg.* La ragione perchè non deve riconoscersi una insolita prodigalità di dati interdetti e alla persona per mezzo di cui possediamo ed a noi stessi, mentre sulla cosa opera uno solo (§ 65). Dati una volta gl' interdetti al rogante, non furono ripetuti pel rogato. Ed in questo senso dice Ulpiano *l. 13, § 7, h. t.* « Si is qui precario concessit, accessione velit uti in persona ejus cui concessit: an possit, quæritur? Ego puto, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur. » Non credo che il testo abbia a riferirsi alla usucapione come lo crede Savigny *pag. 159.* Non solo perchè secondo le cose sopra esposte il dante a precario non ha bisogno dell' accessione per servirsi, a precario finito, del tempo in che durò il precario allo scopo della usucapione, ma anche perchè neppure idoneo sarebbe per la usucapione il possesso che accederebbe, si avrebbe per la medesima un impotente ausiliario, inetta essendo allo scopo la possessione del precarista. Pertanto, come anche Windscheid osserva *§ 181, no. 10*, il testo riguarda l' interdetto *utrubi*, nel quale, richiedendosi un certo tempo di possesso per poterlo esercitare cioè il possesso della maggior parte dell' anno anteriore, aveva pur luogo l' accessione dei possessi. Così s' intende la distinzione d' Ulpiano. Finchè dura il precario, il dante non è ammesso a servirsi dell' accessione appunto perchè non è ammesso agl' interdetti. Rotto il precario, e ripigliato quel

possesso che il precario stesso avea nel rogante traferito e pel quale costui avea avuto gl' interdetti, allora quell' accessione è ammessa pel rogato; perchè ora che è solo possessore è certo abile ad esercitar gl' interdetti, ma in vista del tempo che durò il precario ha bisogno dell' accessione dell' altrui possesso mentre per questo tempo il possesso suo era agl' interdetti inidoneo.[1] — Sembra alla nostra tesi fare ostacolo la *l. 1, § 11, de itin. actuque priv.* Ulpiano vi dà l' interdetto al rogato mentre il rogante usava della via sul fondo del vicino. Quantunque questo frammento appartenga alla *juris quasi possessio* e agl' interdetti ad essa relativi, ne parlo qui per non tardare a diluire una seria difficoltà; avvertendo che dirimpetto a questa *juris quasi possessio* la condizione dello avente e del dante a precario è del tutto eguale alla loro condizione dirimpetto alla possessione della cosa (§ 462). Ora io credo che il detto frammento non contenga una opposizione alla nostra regola sulla mancanza degl' interdetti a prò dal possesso del rogato, ma solo una ragionevole eccezione alla medesima pel caso che non ne sussista la ragione, ossia pel caso che dallo esercizio degl'interdetti sia escluso il rogante. La specie è questa: Tu domandasti ed avesti da me a precario un fondo al quale la via era dovuta sul fondo del vicino; chiedesti ed avesti a precario dal vicino la via. Si domandava se tu possa contro lo stesso vicino esercitar l' interdetto proposto dal pretore per l' *iter* l'*actus* e la *via* senza che ti osti eccezione. Ulpiano dice esser più verosimile, che eccezione ti osti; giacchè avendo tu ottenuta la via a precario precisamente da lui, era applicabile la eccezione aggiunta dal pretore all' interdetto medesimo, se « nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es. » A conferma di tal decisione arreca Ulpiano la sentenza di Giuliano che in questa fattispecie dava a me l' interdetto utile, ossia efficace e libero dall' eccezione del precario. Imperocchè non a me fa impedimento il precario richiesto da te che da me stesso

[1] Simile interpretazione abbiam data alla *l. 14, § 3, de div. temp. præscr.* (§ 119, no. 1).

avevi in precario il fondo; mentre precario non si concepisce chiesto su propria cosa o propria servitù; ora è nel supposto, che al mio fondo competesse la via, e come non si concepirebbe precaria quasi possessione se io da per me la ritenessi, così neppur si concepisce se la ritengo per mezzo di altri (add. § 482); sempre in quella mia quasi possessione non s' intende vizio di un precario che in me è impossibile. Pertanto Ulpiano e Giuliano accordano a me, dante a precario, l' interdetto ma in una specie ove l' interdetto non era dato al rogante. La eccezione conferma la regola, e la sua ragione. — Per finire la esposizione di questo testo abbastanza lungo e difficile, è da notare quel che Ulpiano aggiunge sull' autorità di Giuliano. Appunto da ciò, che io quasi posseggo coll' animo mio e col ministero del corpo tuo, deriva, che se io stesso chiegga a precario la servitù della via veramente non dovuta al mio fondo, quindi a te dia il fondo a precario, e tu ti serva della via come se dovuta al fondo stesso, non potrò io promuovere l' interdetto, mi sarà « inutile interdictum » ossia inefficace per l' eccezione del precario. Dice il giureconsulto « non enim opinio tua, sed mea quaerenda est »; ossia è mio l' animo su cui il mio quasi possesso consiste, dunque non posso io, che ebbi coscienza del precario, valermi di tal quasi possesso allo scopo di esercitare l' interdetto. In questa stessa fattispecie Ulpiano dà l' interdetto a te rogante; perchè ti valesti della servitù come dovuta (§ 462 e 469), e ciò che avevi a precario da me lo avevi non dal vicino, non *ab illo* contro cui ora promuovi l' interdetto.[1] Sempre resta fermo, che in questo frammento è concesso l' interdetto all' uno quando si nega all' altro. Quando adunque si danno regolarmente al rogante, gl' interdetti debbono essere rifiutati al rogato.

---

[1] Si noti come possa da uno, che manca degl' interdetti, emanare in un altro un possesso agl' interdetti idoneo. Nuova prova che il possesso è difeso dagl' interdetti non per sua virtù intrinseca ma per circostanze esteriori e per apprezzamenti del pretore.

§ 132.

Pertanto nel precario *ut possideret* abbiamo trovato un possesso civile nel rogante in quanto ei possiede nel proprio interesse, ed un possesso anche civile nel rogato in quanto che il primo gli conserva la cosa riconoscendo il suo dominio, il suo interesse. Che se il precario fu fatto *ut in possessione esset*, allora vedemmo che il rogante non ha civile possesso. Questo è nel solo dante *l. 6, § 2 de precar.* Il rogante ha solo il possesso naturale perchè *id actum est*, perchè sol questo rogò ed ottenne con espressione tecnica del mero naturale possesso. Tal possesso egli lo ha in quanto tiene per l'utilità propria. In quanto poi ei riconosce il dominio nel dante e gli conserva la cosa, torna la operazione del dritto civile, e vi si costruisce quel civile possesso del dante medesimo.

§ 133.

V'è qualche cosa rimarchevole quanto al precario rogato dal debitore sulla cosa oppignorata. [1] Bene scrive Savigny *pag. 281*, che dura il civile possesso del creditore, se quella rogazione fu dal debitore fatta per la sola natural possessione. Ossia in tale ipotesi nulla si cangia nel possesso civile qual'esso fu per lo innanzi. Era il debitore possessor civile quanto alla usucapione, era quanto agl'interdetti possessore civile il creditore. Tali restano dopo quella rogazione, che secondo la ragione e la legge lascia, come vedemmo, il civil possesso presso il rogato, non attribuisce questo al rogante. Ma se la rogazione fu del possesso civile, allora il debitore comincia a possedere anche per l'effetto degl'interdetti, perchè questa è, come parimenti vedemmo, la razionale e le-

---

[1] Posteriore estensione del precario (RANDA *pag. 520, no. med.*). Altra estensione per le servitù accennammo già nel superiore § 132, e più svilupperemo trattando della *juris quasi possessio.*

gale efficacia della rogazione di tal natura. E siccome alla natura del pegno meglio conviene che il debitore non abbia gl' interdetti co' quali, vedemmo, può frodare il creditore per mezzo di collusioni; così a ragione Savigny vuole che si presuma per la rogazione del mero possesso naturale; e ciò è constatato dalla *l. 33, § 6, ff. de usurp. et usuc.*

§ 134.

A questo precario, rogato dal debitore sul pegno, appartiene la *l. 36, h. t.* Il debitore diè al creditore per causa di pegno un fondo che egli usucapiva: indi ne rogò ed ottenne dal medesimo il precario. Sarà oggimai interrotta la usucapione? Sembrava interrotta per la ragione che il possesso precario, vizioso, è inetto alla usucapione. Eppure Giuliano risponde, che il debitore proseguirà nell' usucapire. Dappoichè è da fissare, che il precario allora vizia ed interrompe l'usucapione, quando il possidente roga il padrone. Ciò per due ragioni. Prima perchè se il rogante conosce che il rogato è padrone e come tale lo roga, dimostra con ciò stesso che cessa in se l' animo di dominare pur necessario ad usùcapire (§ 53, 493); dimostrasi pronto a restituire, anzi restituisce per mezzo del costituto possessorio; come vedremo dalla *l. 21, pr. h. t.* (§ 266). In secondo luogo perchè quantunque il rogante ignori che il rogato è il proprietario (e vedremo fra poco, che ciò può talvolta accadere), sempre resta che è necessariamente incompatibile, esservi realmente in un possesso questa qualità di concessione precaria la quale importa di sua forza la repetizione *ad nutum*, e riportarsi insieme tale possesso alla giusta causa d' acquistare il dominio, necessario per l' usucapire (§ 535). Non si può insieme possedere a precario e *pro emto*, *pro herede* ecc.: il precario distrugge immediatamente gli altri titoli (cf. § 536). Ora nel caso il precario non fu conceduto dal padrone ma dal creditore. Non nacque da agnizione di dominio nel rogato, nè trasferì per costituto possessorio il possesso in costui; e così fallisce la prima delle due ragioni or ora esposte. Ma anzi fu unicamente di-

retto a ciò, che il rogante ottenesse o in tutto o in parte, secondo le distinzioni che faremo fra poco, quel possesso che competeva al creditore come tale; e quindi manca anche la seconda delle due ragioni. Vale a dire non può credersi che il precario colla sua presenza faccia incompatibile in quel possesso l'altro titolo per mezzo del quale finora il debitore usucapiva; appunto perchè esso precario non tocca questo possesso che fu e sarà per dritto proprio del debitore, ma l'altro che fin qui ha avuto il rogato creditore come tale. Pertanto il precario tocca primieramente e trasferisce nel rogante debitore quel naturale possesso che era presso il creditore, e di cui il debitore mancava. Inoltre se il sequestro fu *uti possideret*, il precario riguarda anche il possesso civile agl' interdetti secondo la suesposta indole di tali rogazioni. Questo possesso era per lo innanzi appo il creditore, quantunque innocuo per la usucapione del debitore, il quale a sua volta possedeva per ministero del creditore all' effetto di usucapire. Posto il sequestro *ut possideret*, anche questo possesso passa al debitore. Tanto è vero che pel precario non si diminuisce il possesso del debitore, nè si estenuano i suoi diritti, che anzi egli acquista il possesso civile agl' interdetti che prima non aveva, ha più dritti nel possesso che ne avesse per lo innanzi. E ciò significa Giuliano « nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet: cum plus juris habeat qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet. » Che se il precario avvenne *ut in possessione esset*, il debitore riterrà quanto agl' interdetti il possesso pel creditore, siccome è il dritto circa simili rogazioni. Si cangierebbero le sorti. Prima il creditore teneva corporalmente, a se per gl' interdetti, al debitore per l' usucapione; ora il debitore tiene a se stesso quanto all' usucapione, al creditore quanto agli interdetti; e ciò significa Macro *l. 15, § 2, qui satisd. cog.* quando parla del creditore che « possessionem habeat.,.. precario roganti concessam » (add. § 119).

§ 135.

Simili cose hanno a dirsi se il debitore prese dal creditore in affitto la cosa a lui oppignorata. Può la conduzione ottimamente concepirsi coll'animo di dominare e col dominio stesso nel conduttore, in quanto cioè non si faccia « proprietatis respectu » ma « possessionis tantum » *l. 28, h. t.* Per la qual cosa non vale la prima delle due suesposte ragioni per le quali il precario suole interrompere le usucapioni; come non vale neppur la seconda perchè ancor qui la conduzione, come nel caso sopra esposto il precario, non percuote il possesso quanto alla usucapione che il debitore ebbe ed avrà *jure proprio*. Quanto al possesso tal conduzione non altro che vantaggi arreca al debitore conduttore. Imperocchè egli acquista quel possesso naturale di cui prima mancava. Non acquista poi il possesso civile per gl'interdetti, perchè la conduzione non è diretta a civil possesso (§ 112), non può farsi la distinzione di composizioni *ut in possessione esset* e *ut possideret*. Per la qual cosa ancor qui avviene quel cangiamento di sorti che si opera nel precario *ut in possessione esset;* per mezzo del debitore conduttore « creditor possidere videtur » *l. 37, h. t.*, vale a dire all'effetto degli interdetti. Consuona la *l. 37, de pign. act.*

§ 136.

Per intendere pienamente la materia della cosa pignorata data a precario al debitore, si deve esaminare, che abbia a dirsi se per avventura dopo dato il fondo a precario il creditore diventi erede del padrone. In questo caso l'usucapione è interrotta. Perchè se il creditore lascia tuttora il fondo in precario presso il debitore, non lo fa più come creditore pignoratizio mentre sulla cosa propria non c'è pegno, ma come padrone. Dunque primo è implicata agnizione di dominio e costituto possessorio, se il debitore sappia che il creditore è diventato proprietario. E in secondo luogo se pur non lo

sappia, pure la concessione precaria non più tocca in realtà ciò che del possesso aveva il creditore pignoratizio come tale, perchè questo possesso non più si concepisce dove non c'è più pegno nè pignoratizio creditore. Colui che concede, che lascia da ora in poi la cosa a precario, è ormai il padrone; quindi il precario oggi tocca tutto il possesso, tutto il possesso è precario e non riferibile ad antichi titoli d'acquisti di dominio, inetto insomma alla usucapione (§ 535). Così nella *l. 29, de pign. act.*, ove la ragione è resa a questo modo « desinit pignus esse (qualità, onde prima si limitava il precario al possesso avuto dal creditore pignoratizio come tale) et sola precarii rogatio supererit. »

§ 137.

Conchiuderò queste riflessioni sul pegno col ricordare l'apparente opposizione che sembra fare la *l. 16*, *de O. et A.* alla *l. l. 36, h. t.* Giuliano nella *l. 16*, dice, che se un servo ereditario avea dato danaro a mutuo per un negozio peculiare, avea presa dal debitore una cosa in pegno, e quindi rogato di precario la dà al medesimo, fa sì che la cosa esser non possa usucapita. Sembra adunque, che l'usucapione venga impedita col prender che faccia il debitore in precario il pegno. Rispondiamo, che l'*usucapi* di Giuliano va preso per *usurecipi*. Se un debitore mancipava per fiducia o cedeva *in jure* la cosa da pignorarsi, e poi veniva a possederla per un anno, per mezzo di usucapione ne riacquistava il dominio, Gaj. *II*, *59*, *III*, *201*. Tale usucapione si faceva assolutamente se al creditore fosse stato pagato il dovuto danaro; che se non fosse stato pagato, l'usucapione competeva soltanto « si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret » Gaj. *II, 60*, (§ 521). Così va spiegato Giuliano. Infatti il giureconsulto, facendo paragoni ed esempi a modo di argomentazione, parla sempre di acquisti fatti dal servo ereditario a favore dell'eredità « sicuti per traditionem accipiendo, proprietatem hereditati acquirit.... Nam et si commodaverit vel deposuerit rem

peculiarem: commodati et depositi actionem hereditati acquirit. » Adunque non poteva parlare dell'usucapione solita, quasi che fosse questa stata impedita dal precario fatto al debitore, lo che sarebbe stato nocivo alla eredità ancora, esposta a questo modo alla rivendicazione del proprietario: bensì della usurecezione; quale impedita, s' impedisce la risoluzione della fiducia favorevole alla eredità.

§ 138.

13°. Sul possesso del superficiario nella superficie. Superficiario dicesi colui che dal padrone d'un fondo ha acquistato il dritto di godere pienamente, ed a guisa di proprietario, d'un edifizio costruito o da costruirsi sul fondo, e ciò o in perpetuo o almeno per lungo tempo. Il superficiario non è per dritto civile padrone della *superficies* ossia del detto edifizio; perchè essendo un altro il padrone del suolo, la superficie, la quale necessariamente segue il dominio di esso suolo, è in proprietà di costui. Ma egli gode della *superficies* come se ne fosse il padrone. Savigny, seguito da diversi autori illustri, difende a *pag. 99 e 265 segg.*, che possessore unico è il proprietario ossia il padrone del suolo; e non già il superficiario per la ragione che gli manca l'*animus domini* il quale sarebbe in contradizione col suo possedere come superficiario. Che se così non fosse, avremmo due possessori solidali; cosa non sopportabile. Il superficiario secondo Savigny ha solamente una *juris quasi possessio* alla quale corrisponde quell'interdetto speciale che ad esso compete, l'interdetto *de superficiebus*. Cita la *l. 3, § 7, vers. Ceterum, uti possid.*, ove appunto nel superficiario viene riconosciuto questo interdetto di special nome, mentre l'*uti possidetis* è dato al solo padrone del suolo. Ben vede Savigny, che nel *vers. Plane* di esso *§ 7* si riconosce talvolta il possesso in colui che ha l'edifizio, cioè nel caso che lo abbia fin giù al suolo in modo da aver adito dalla pubblica strada, mentre l'altro al di sotto non tenga che le cantine; nel qual caso a questo secondo è negato il possesso su ciò che gli sta al di sopra. Ma replica, che que-

sto verso *Plane* col precedente contestual verso *Sed si* forma parte nel testo del tutto distinta e contenente un diverso trattato. Che cioè ivi non si tratta di superficiario, ma di tale che possedeva il superiore edifizio per causa di dominio, lo che esso Savigny crede essere significato dalle parole del detto verso *Sed si* « quasi dominus moretur. » In questa specie, egli dice, non ad ambedue potevasi concedere l'interdetto; perchè non possono essere due i possessori di piani diversi, come non può uno possedere il capo e le braccia d'una statua ed un altro il rimanente della medesima, cose inseparabili: e cita le *l. 44, § 1 de O. et A., l. 15, § 12 de damn. inf., l. 25, l. 26 de usuc. et usurp.* Adunque uno doveva essere scelto: fu scelto colui che possedeva il principale. Tale regolarmente dovrebbe dirsi chi tiene l'abitazione inferiore siccome connessa al suolo secondo cui si deve giudicare dell'edifizio. Si deve fare eccezione nel caso che il superiore tenga la propria e vera abitazione principale dell'edifizio cioè quella che abbia immediatamente ingresso dalla via, mentre l'altro tiene le sole cantine. [1]

§ 139.

Falso vedemmo essere il principio che possesso non sia senza animo di dominante. Falsa è la *quasi possessio*, che si suppone nel superficiario, ma non è stata mai in esso espressa dai romani. Nè poteva esprimersi; perchè le *quasi possessiones* sono state introdotte per le sole servitù (§ 456, seg.). — Non buona è la interpretazione della prima parte del *d. § 7.* È falso, che non possano due possedere due piani d'un edificio. Mal si confondè questo caso con quello della statua nella quale due non possono aver possessi distinti nelle singole parti. Ve-

[1] SCHMIDT *Interdiktenverf, pag. 64 nota 49* questa esposizione di Savigny dice essere convincente (« überzeugende Ausführung »). Anche BRUNS *Besitzkl. pag. 79, ff.* dice essere impossibile un possesso indipendente sopra un mero piano di casa come tale. Pure WINDSCHEID *§ 154 n. 7* scrive esser assai illegale (« sehr unjuristischen ») il sostenere possesso sull'edifizio senza possesso sul suolo.

dremo quando ci occuperemo dell'oggetto del possesso, e precisamente nel § 178, che nella statua siccome in altri mobili possesso di due persone non può essere in due parti, *l. 8, de R. V.*, ma che questo può ben verificarsi in cose immobili, e precisamente in due piani di una casa. Su questo punto vedremo ivi, che non si ha da confondere la questione del possesso colla questione del dominio, colla questione se tal possesso giovi ad un relativo acquisto di dominio mediante usucapione; al che vedremo spettare i testi usati da Savigny. Confusione dovuta al vezzo di mischiare dominio a possesso, come si fa tanto sovente.[1] Intanto notiamo: Che cosa osta a che due separatamente godano di due piani separati? E quanto all'uso degl'interdetti, perchè non potrà pensarsi che, affittati due piani a due inquilini, uno sia turbato e non l'altro? E se uno respinga il locatore padrone del piano a lui affittato, ma nulla di ciò faccia l'altro, diremo forse che il locatore ha perduto il possesso di tutta la casa o che nulla del possesso della casa ha perduto, e non diremo meglio che ha perduto il possesso di un piano separato, ritenendo il separato possesso dell'altro?

§ 140.

Per converso non pochi scrittori riconoscono il possesso nel superficiario. Così Schröter nella *Zeitschrift di Linde II. pag. 244 segg.*, Buchholtz *Versuche pag. 83*, Molitor *pag. 46* ed altrì. È di questa opinione anche Maynz *§ 238 ff.*, il quale nega inoltre il possesso al padrone del suolo per la fisica impossibilità di ammettere per parte del padrone l'esercizio del possesso relativamente al suolo occupato dall'edifizio superficiario. Dice, che non osta a questo assunto, nè prova la *quasi possessio* nel superficiario, il trovarsi dato ad esso l'interdetto speciale *de superficiebus*; perchè questo (così esso parla) non è possessorio interdetto, mentre suppone una giu-

---

[1] Vedi infatti Randa *pag. 369*, che, secondo me, sbaglia per questo nel nostro articolo.

sta causa di possesso secondo la *l. 1, pr. de superfic.* Che non osta del pari, che Ulpiano *d. l. 3, § 7 uti possid.* nella seconda parte, ossia nel *vers. Ceterum,* dia l'*uti possid.* al padrone del suolo anche contro il superficiario. Su questo punto Maynz crede, che nel *vers. Ceterum* sia proseguita la specie della prima parte del paragrafo, e precisamente vi si resti sul caso che la superficie giunga fino a terra, ed il padrone del suolo possegga suolo e anche le cantine, *d. § 238 n. 21.* In questo caso sostiene, che ambedue posseggano: il padrone possegga suolo e cantine, il superficiario poi il cenacolo avente adito dalla pubblica via, *ib. n. 19.* Nel caso medesimo sostiene, che se il superficiario turbi nel suolo o nelle cantine il possesso del padrone, a questo competa contro quello l'*uti possid.;* ciò esser detto nel *vers. Ceterum.* Questa esposizione di Maynz non mi sembra esatta. Data pure quella sua fisica impossibilità nel padrone di esercitare il possesso sul suolo, potrebbe pur sempre ritrovarsi in esso il possesso ritenuto per ministero del superficiario, che certamente riconosce il suo dominio. Giacchè quando si ritiene il possesso per mezzo di altri, non è necessaria alcuna disponibilità nel possessore (§ 318). Nè Pomponio ed Ulpiano nella seconda parte del § 7, ossia nel *vers. Ceterum*, danno al padrone l'interdetto *uti possid.* limitatamente alla parte inferiore, al suolo e alle cantine, ma assolutamente, così che riconoscono il suo possesso nell'intero; come assolutamente negano l'interdetto medesimo al superficiario dandogli solo l'altro *de superficiebus.* Se fosse vera quella separazione de' due possessi, se nel caso delle cantine possedute oltre il suolo riconoscessimo due possessi, nel padrone e nel superficiario; non ci sarebbe ragione di non dire altrettanto nell'altro caso che il piano superiore non giungesse fino alla strada. Dove però manifestamente per tutta la casa è dato l'interdetto al padrone del suolo nella prima parte del frammento, ed è con ciò riconosciuto il suo possesso civile anche su tutta la superficie: come vi si nega di nuovo assolutamente l'*uti possid.* al dimorante nel piano superiore. Finalmente non sembra che Maynz spieghi bene l'interdetto *de superficiebus* quasi che esso non sia, come esso dice, pos-

sessorio per la ragione che suppone una giusta causa di possesso. Veramente chi esercita questo interdetto deve produrre la *lex locationis* (fra poco vedremo il perchè): e ciò solamente, e non la piena giustizia del titolo, è richiesto dalla *d. l. 1, pr. de superfic.* Onde è che l'interdetto medesimo non è difesa del dritto ma del fatto del possesso (cf. § 599). Infatti la *d. l. 1, § 2* dice, che desso fu proposto ad esempio dell'*uti possidetis*, e che il pretore non richiede da chi lo promuove qual causa di possesso egli abbia. Anche lo scopo simile de'due interdetti è dimostrato dalla *d. l. 1, § 1*, cf. *§ 4. vers. Et quia longe, I. de interdict.*

§ 141.

Chi è dunque che possiede la superficie? E come deve intendersi quella difficile *l. 3, § 7*, che sembra giovare ad opposte sentenze? Qual'è la ragione, per la quale or vi si accorda or vi si nega possesso in chi ha l'edificio superiore, or vi si concede or vi si rifiuta possesso nel sottostante? — Certo che il superficiario ha il natural possesso nella superficie, presa questa parola materialmente per lo stesso edificio, e non per il dritto, siccome spesso si usa (§ 456). Imperocchè è in fisico contatto colla medesima; vi esercita l'attività; e la esercita esclusivamente, e non momentaneamente. Questo possesso è ancora civile? Esaminiamo. Doppio è l'aspetto del possesso del superficiario; parte possedendo il medesimo nell'interesse proprio, parte in quello del padrone. Per se possiede la superficie concessagli in diritto reale superficiario in quanto che vi ha un pieno esercizio del proprio potere quanto ne ha il padrone. Sotto questo aspetto dobbiamo dire che il suo è possesso civile perchè ad esso precipuamente giova quello stato che viene cogl'interdetti conservato e restituito; e questo è il carattere che nello stabilir la persona, alla quale sono da dare gl'interdetti, viene dal pretore seguito (§ 65). Adunque in quanto il superficiario tiene la superficie nella utilità propria ossia per l'esercizio della sua qualità di superficiario, possessore civile ha contro i perturbatori l'interdetto

de superficiebus. Perchè non piuttosto l'*uti possidetis*, lo diremo fra poco. E per l'istessa ragione ha l'interdetto *unde vi*, diretto certamente al solo possesso, *l. 1*, *§ 5 de vi*.

§ 142.

Viceversa il superficiario tiene la superficie pel padrone in quanto che riconosce il suo dominio, e per esso conserva la cosa che presentemente frutta al padrone per lo più il benefizio del solario, e che potrà anche ritornargli pienamente, finito il dritto di superficie. Pertanto il padrone è sotto questo aspetto il possessore, ed ha contro i perturbatori il solito interdetto *uti possidetis*. — E così quantunque in genere il pretore faccia degl'interdetti economia (§ 65), qui li troviamo dati a due. Poichè se al Pretore parve eccesso il dare a due l'istesso interdetto *uti possid.* (cf. d. § 65), che è adoperato nelle quotidiane questioni di ritenzione di possesso; non così gli sembrò eccessivo il dare ad uno, cioè al padrone, l'*uti possid.*, mentre all'altro, al superficiario, dava un diverso interdetto, il *de superficiebus*, per un caso affatto speciale. Che poi a questo modo si ravvisi possesso in due, non è punto in opposizione colla regola che non possano esistere due possessori in solido, siccome crede Savigny. Molitor *pag. 49* non sa rispondere altro, se non che poter questa regola avere delle eccezioni *utilitatis causa*, fra queste essere la presente. Una risposta alla difficoltà, risposta che a noi sembra chiara e giuridica, abbiamo già dato a § 48 n. 3.

§ 143.

E per qual ragione il pretore inventò quel nuovo interdetto *de superficiebus*, e non si contentò di dare al superficiario il solito *uti possidetis*? Credo, che la ragione sia storica. Già vedemmo esservi qualche cosa di speciale nello esercizio di quell'interdetto, la necessità di esibire la *lex locationis* per precetto dell'editto *l. 1*, *pr. de superfic.* Non curiamo, se realmente questa *lex locationis* sia atta sicuramente a costituire

il dritto di superficie (p. e. se sia stata concessa da chi era il padrone o no). Anzi neppure si nega tale interdetto se il possesso fu tolto per violenza ad altri che all'avversario *l. 1. § 2 eod.* E qui si noti la differenza verso l'interdetto *de loco publico fruendo;* dove si ha da produrre la *lex locationis*, *l. 1, pr. § 3 de loc. publ. fruend.*, ma all'effetto di dimostrare pienamente e sicuramente il dritto; perchè si richiede inoltre la prova aver locato colui « cui locandi jus fuerit »: e perciò tale interdetto non è fra quelli « causam possessionis continentia » (§ 704). Pertanto il *de superficiebus* conserva sempre, come vedemmo, il carattere di contener la causa del possesso; è effetto del possesso. Solo che il pretore nella sua economia volle quella condizione di esibire la legge di locazione per dare questo interdetto, e ciò allo scopo che apparisse esser l'oggetto del possesso corrispondente all'oggetto di essa locazione *d. l. 1, pr. de superf.* Nell'istesso modo, che oltre il possesso vogliamo la giusta causa e la b. f. per concedere l'usucapione; nè perciò cessa l'usucapione di essere effetto del possesso. Or bene, perchè il pretore volle che per mezzo dell'esibizione della *lex locationis* si dimostrasse l'identità dell'oggetto del possesso coll'oggetto della locazione? Credo perchè una volta il superficiario mancava di propria giuridica difesa contro i terzi; e solo aveva le personali azioni di compra o di conduzione contro il concedente, e contro i terzi le azioni da esso concedente a lui cedute *l. 1, § 1 de superf.* Ma, come soggiunge *Ulp. h. loc.* « longe utilius visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, » hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. » Desiderando il pretore dare ai dritti del superficiario miglior difesa, si servì primieramente dell'occasione di difendere il possesso (lo che è sommamente affare del pretore) ad esempio dell'*uti possidetis.* Gli diè l'interdetto *de superficiebus*, il quale non è direttamente proposto a tutelare una *juris quasi possessio,* che come vedemmo qui non esiste, ma il possesso del materiale edifizio, della superficie materialmente intesa (cf. § 456). Ma dando tale interdetto, richiese il pretore, onde

raggiungere in qualche modo il predetto scopo di difendere il dritto del superficiario, che l'impetrante esibisse la *lex locationis.* Ottenendo così indirettamente una qualche, benchè, come sopra provammo, non certo sicura difesa del dritto suddetto; dappoichè suole avere il dritto di superficie colui che ha la legge di locazione per sè scritta. Poscia progredendo il pretore concesse anche al superficiario un' azione *in rem.*

§ 144.

Ci resta a spiegare la *l. 3, § 7 uti possid.* Due posseggono le diverse parti d'una casa; uno la parte superiore, l'altro la inferiore: e si propone, che ambedue posseggano in quella forma in cui i padroni sogliono possedere, vale a dire che sulla cosa esercitino quegli atti che i padroni usano di esercitare. Neppure il soprastante dice di essere meramente superficiario: di esso consta soltanto, che dimora nella figura di padrone « quasi dominus moretur. » Or bene, a chi de' due darem noi gl' interdetti in vista delle offese che terze persone facciano al possesso? Se le offese vengano fatte nella parte sottostante, il possessore della medesima avrà senza dubbio l' *uti possidetis.* — Grave dubbiezza è per il turbamento avvenuto nella parte sovrastante. Cioè se debbasi credere che il superiore, il quale come dissi, dimora nella forma di padrone e non dicendosi superficiario, possegga realmente nella qualifica di superficiario o di padrone. Imperocchè similissime sono l' estrinseche parvenze del superficiario e del padrone, di modo che non basta che altri dimori quasi padrone, in figura di padrone, per conchiudere che dunque non possegga come superficiario ma come padrone veramente. Se crederemo che egli possegga nella qualifica di superficiario, allora nella presente ipotesi di offeso possesso della parte superiore, daremo al sottostante l'*uti possidetis* e a quello il *de superficiebus.* Se crederemo che ei possegga nella qualifica di padrone, allora ad esso daremo l' *uti possidetis*, e al sottostante non daremo alcun interdetto, per-

chè esso la superior parte nè per sè possiede nè per mezzo dell'altro che sè solamente riconosce per padrone (cf. § 48). Forse alcuno alla posizione della questione potrà opporre, che è certo in dritto dovere il dominio della parte superiore seguir necessariamente la parte inferiore, e che perciò non può concepirsi che il superiore possegga realmente in qualifica di padrone, almeno in b. f. per la quale del resto sempre si deve presumere; insomma che debbasi creder sempre che egli possegga come superficiario. Rispondo, che il superiore può nel miglior modo possedere in qualità di padrone, se esso creda (e per avventura sia così in verità) d'essere il proprietario anche della parte sottostante, ed esser questa senza alcun diritto occupata dall' altro. Questa stessa risposta ci dà, a quel che io credo, il modo di giustamente intendere la distinzione di Labeone e di Ulpiano. Poniamo primieramente il caso, che l'inferiore possegga l' edificio, eccettuato però un piano superiore posseduto dall'altro. Allora crediamo che quest'altro possegga in qualità di superficiario. Perchè se costui possedesse in qualità di padrone veramente, dovrebbe, come dissi, credersi proprietario di tutta la parte inferiore eppur tollerare che altri se la ritenesse: lochè in tanta grandezza di tal parte inferiore è troppo incredibile od insolito da potersi presumere; non si può supporre che egli stia soffrendo tanta ingiuria da essere, padrone del tutto, confinato ad un piano. Se dunque non si può presumere che esso credasi proprietario del tutto, si deve credere e presumere che riconosca il dominio nell'inferiore anche nella parte superiore da sè posseduta, appunto perchè *superficies cedit solo.* Resta che egli la possegga come superficiario. Ed ecco perchè Labeone ed Ulpiano l' *uti possidetis* all' inferiore concedono solamente « Sed si supra aedes, quas possideo, cœnaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur; semper enim superficiem solo cedere. » Non negando però che il superiore possa valersi di altro interdetto, cioè del *de superficiebus;* chè anzi Ulpiano nel verso *Ceterum* per maggior chiarezza glie lo con-

cederà espressamente. — Ma poniamo un secondo caso, che il superiore non possegga un piano sulla casa ma tutta intera la casa propriamente detta; mentre solo i sotterranei e cantine siano in possesso del sottostante, locali pe' quali il primo non debba passare per l'adito, avendo questo dal pubblico. Allora tanto la gran maggioranza del posseduto da lui e la piccolezza del posseduto dall'altro, quanto la posizione delle parti per la quale può essere che esso ignori quest'altro possesso, fanno sì, che in lui si creda esser vero animo e possesso da padrone tal quale il suo procedere (« quasi dominus moretur ») esternamente esibisce; si escluda affatto da tale possesso l'altro possessore delle cantine non riconosciuto da quello come padrone, non autorizzato perciò a servirsene per ministero ad un proprio possedimento. Quindi l'*uti possidetis* si darà al superiore e non all'inferiore di cui nessun possesso è compromesso, quando sia offeso, com'è l'ipotesi, il possesso della parte superiore. Ed in verità proseguono così Labeone ed Ulpiano nel *vers. Plane.* « Plane si cœnaculum ex publico aditum habeat: ait Labeo, videri non ab eo possideri, qui κρύπτας possideret, sed ab eo, cujus aedes supra κρύπτας essent; verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit. » Si confronti come diversamente venga qui negato al sottostante l'interdetto *uti possidetis* quanto all'edifizio superiore, di fronte al modo in che nel primo caso veniva negato al sovrastante. Ivi non era per questo negato un possesso al superiore medesimo tanto vero che un altro interdetto gli compete; qui invece è negato anche il possesso del detto edifizio all'inferiore così che nessun interdetto gli spetti in ragione del medesimo. Tutto in armonia colla nostra esposizione. — Finalmente dopo trattata questa materia, opportunissimamente avverte Ulpiano nel *vers. Ceterum* sul diritto dei superficiari quanto agl'interdetti, che essi tutti (e perciò anche chi vien tenuto per superficiario nel primo de' due casi esaminati in questo paragrafo) hanno un interdetto proprio cioè il *de superficiebus;* ed inoltre avverte, che essi hanno azioni proprie, utili *in rem.* Che il padrone del suolo ha l'*uti possid.* tanto contro terzi quanto contro il su-

perficiario, il quale forse tenti usurpazioni nelle cantine che per avventura esso padrone possegga, sottoposte alla superficie; salvo ad esso superficiario il giusto uso della superficie che gli vien sempre protetto dal pretore. « Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a prætore utentur: dominus autem soli, tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis; et ita Pomponius quoque probat. » Sulla precisa importanza di quest' ultima osservazione vedi § 676, n. 4.

§ 145.

14.° Sul possesso di chi ha l' *agrum vectigalem*, e dell' enfiteuta. Le città, i collegi de' sacerdoti e delle vestali affittavano i lor fondi per un certo *vectigal*; e questi fondi nomavansi *agri vectigales*. [1] In epoca posteriore questa denominazione fu riservata ai fondi affittati in perpetuo; mentre se erano affittati a tempo, i fondi eran detti *non vectigales*. [2] Ma d'altra parte se ne accrebbe l' applicazione e l' uso: tanto che nell' età imperiale Plinio *epist. Caninio* narra, che esso, volendo assicurare una somma promessa per alimenti avea mancipato un predio a un attor pubblico e lo avea ripreso coll' imposizione d' un *vectigal* corrispondente al reddito di quella somma, e all' amico persuade di fare altrettanto. Ed è verosimile, che lo stesso sia fatto nella tavola alimentaria di Trajano, composta pochi anni dopo da questo imperatore amicissimo di Plinio. [3] Simile l'*ager emphyteuticarius*.

---

[1] HYGIN. 116.

[2] *Tit.* ff *si ager vectigalis etc.*, *Gai. III. 145.*

[3] In altro senso, ma su idee simili si diceva anche *ager vectigalis* a designare tanto la parte del suolo italico rimasta in proprietà dello Stato (SICUL. FLACC. *pag. 136, 20;* e ved. anche HYGIN. *116;* PLIN. *H. N. 18, § 11*), quanto il suolo provinciale su cui il pop. rom. conservava sempre il dominio *Gai. II, 7.* (AGGEN. URBIC. *p. 4., 11*). Ma in dritto nuovo la espressione *ager vectigalis* è presa tecnicamente a significare l' istituzione da noi esposta nel testo.

che apparve nel secolo II, E. V., preso il nome dal greco *ἐμφιτεύω (implanto* o *insero).* In principio furono gl'imperatori, che gl'incolti fondi patrimoniali, ossia propri, dettero ai privati a cultura così che perpetuamente li avessero fintantochè pagassero un'annua pensione, chiamata canone. Le chiese ed i privati seguirono lo esempio. Tanto dell' *ager vectigalis* che dell' *emphyteuticarius* si dubitò se il relativo contratto fosse compra-vendita o locazion-conduzione, *Gaj. III, 145, § 3 I. de loc. et cond.*; e piacque maggiormente, essere locazione-conduzione, *Gaj. ib., l. 1, pr. § 3 de loc. publ. fr.* Zenone riconobbe un distinto contratto di enfiteusi *l. 1. C. de jure emph.* Del resto a coloro che hanno questi *agros* competono quasi tutti i diritti che spettano ai propriétari. Ciò, e la perpetuità o almeno diuturnità, fanno che si abbiano in luogo di padroni, e che loro competa un'azione reale, tit. ff. *si ager vectig. i. e. emph. petatur.* Ricordate queste poche cose sulla natura dell'*ager vectigalis* e dell'enfiteutico, vediamo del possesso di coloro che ne godono.

§ 146.

Una gran parte di scrittori riconosce questo possesso. Così Böcking *Inst. § 126, n. 6*, Maynz *§ 194*, Molitor *pag. 41*, ed anche Savigny, che conta questo possesso frai suoi derivativi *pag. 102, 269, seg.*, tentando istoriche ragioni *pag. 178, seg.* Ma per l'opinione contraria, e per la tesi che aventi *agrum vectigalem* ed enfiteuti abbiano piuttosto una *quasi possessio* nel loro dritto reale, stanno Arndts *§ 195*, Windscheid *§ 154, n. 7*, Randa *pag. 480, n. 17*, ed altri. Penserei coi primi. Certo che natural possesso esiste, mentre esiste il rapporto fisico, l'attività sulla cosa, e questa esclusiva, non momentanea. Molto opera lo avente l'*agrum vectigalem* o l'enfiteuta nel proprio interesse, come quello che sul fondo esercita poteri simili al padrone. Quindi il suo possesso è civile; perchè gli si debbono concedere gl'interdetti, che si danno a coloro ai quali massimamente giova lo stato da conservarsi o da restituirsi, siccome abbiamo più volte rimarcato. Questa credo

la vera ragione dello esser civile quel possesso. E non la storica di Savigny, ripetuta da Molitor, che cioè la difesa del possesso abbia avuto l'origine nell'*ager publicus* e che l'*ager vectigalis* sia stato costituito sull'analogia di questo. Per omettere altre riflessioni (cf. § 54 n. 1), basta osservare ciò che Savigny stesso confessa, gravi e molte differenze esistere fra l'*ager publicus* ed il *vectigalis*. Onde non è lecito dal possesso riconosciuto in quello argomentare pel possesso in questo. — Però è anche vero, che gli aventi *agrum vectigalem* o *emphyteuticarium* operano sulla cosa nell'interesse del concedente, nel quale riconoscono dominio e al quale conservano la cosa stessa; per cui benefizio, costui adesso percepisce il *vectigal* o il canone, e chè esso stesso potrà un giorno riprendere p. e. se il contratto fu fatto a lungo tempo o il *vectigal* e il canone non vengan pagati, tit. ff. *si ager vectig.*, *Gaj. III*, *145*. Ritorna che chi tenendo la cosa riconosce altrui dominio, e perciò opera anche nell'interesse altrui, presta ministero al civile possesso del medesimo. Pertanto anche il padrone possiede civilmente allo effetto della usucapione.[1] Forse che anche all'effetto degl'interdetti? Credo di no, come crede pure Molitor *pag. 41*, *fi*. Per me vale la ragione che l'economia del pretore non dà gl'istessi interdetti per gli stessi atti di possesso a due persone (§ 65); onde vedemmo che non li accorda a chi diè a precario *ut possideret*.

§ 147.

Ora troviamo ne' testi la conferma delle nostre vedute. Non invoco la *l. 25*, *§ 1*, *de usur.*, benchè da Savigny e da Maynz citata a dimostrare il possesso dell'enfiteuta per ciò che ad esso vi è concessa la *fructuum perceptio* come al possessore di b. f. Imperocchè la *fructuum perceptio*, come proveremo al suo luogo, non è effetto del possesso ma della equiparazione al dominio: quale comparazione come si fa nel

[1] Poichè non parlo dell'*ager vectigalis* nel senso di fondo provinciale, non usucapibile (§ 145, n. 3).

possessore di b. f. in forza della b. f. medesima (§ 353), così vien fatta nell'enfiteuta per l'ampiezza del suo potere onde ha pure un'azione *in rem*. Ben invoco la *l. 31*, *de pign. et hyp.* dove lo avente l'*agrum vectigalem* è designato da Scevola col nome di *possessor*. Richiamo ancora la *l. 15*, *§ 1*, *qui satisd. cog.* benchè Maynz la creda fuor di proposito. Dice Macro « qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur ». Vero egli è che nel dire *possessor* non prova per la nostra tesi, mentre lo dice nel senso dell'editto sulla liberazione dalla satisdazione di coloro che, chiamati in giudizio, avessero degl'immobili (§ 81, e 119, n. 3). Ma prova allorchè pronuncia la parola *possidet;* la quale non può esser presa nell'istesso significato, onde non si creda che il giureconsulto in mōdo ridicolo ripeta l'istesso pensiero: Chi ha, ha. Invano poi Windscheid rimarca, che Macro non dice che possegga civilmente; mentre è costumanza degli autori del dritto di parlare di possesso antonomasticamente per possesso civile, ed esso Windscheid *§ 154* in altri punti per provare de' possessi civili si serve di testi che parlano di possesso meramente.

§ 148.

Or cosa oppongono gli avversari oltre il difetto dell'animo di dominante, che nulla prova? V'è fra loro chi si appella alla *l. 15*, *§ 26*, *27 de damn. inf.* Si stabilisce in questi paragrafi, che se lo avente l'*agrum vectigalem* ricusi di dar cauzione *de da. inf.* e in tal ricusa persista, il pretore col secondo decreto non comanda al vicino di possedere, ma decreta che sia nell'istesso diritto in cui era stato quel ricusante, ossia trasferisce il suo dritto nell'*ager*. Mentre per converso se la cauzione non venga data dal municipio, che l'*agrum vectigalem* avea concesso, allora il pretore comanda di possedere. Ecco, dicono, non lo avente l'*agrum vectigalem* ma il padrone possiede, perchè Ulpiano dice esser diverso dal possesso il dritto in cui il primo era stato. La risposta è facile. Ulpiano nega implicitamente nello avente l'*agrum vectigalem* il possesso come obietto del

secondo decreto, perchè nel secondo decreto si tratta d'un peculiar possesso, ossia di quello che si ha coll'animo di dominare ed è perciò atto ad usucapire il dominio quiritario. Infatti lo stesso giureconsulto rende la ragione così « nec enim dominium capere possidendo potest ». E quindi s'intende perchè mentre questo possesso non poteva esser tolto dallo avente l'*agrum vectigalem*, non potendo da veruno esser tolto ciò che non ha, poteva per contrario esser tolto dal municipio concedente che ben godeva di tal possesso munito dell'animo di dominare da essergli preso col secondo decreto. In questa seconda ipotesi l'*ager vectigalis* vien riguardato da chi ottiene il decreto non come tale, ma come qualunque altro fondo. Sul *§ 27*, *d. leg. 15* tornerò a § 457.

§ 149.

15.° In fine di questa enumerazione di vari possessori, parliamo del possesso dell'usufruttuario. Sul suo possesso naturale nella cosa fruttuaria non è luogo a dubitare. Ma questo possesso della cosa rimase meramente naturale, cioè destituito di effetti civili. Non certo l'usufruttuario può avere l'usucapione, privo come egli è d'animo di dominare o di b. f., privo inoltre d'idonea giusta causa. Ma neppure ha gl'interdetti diretti, che difendono la *rei possessio*. Ciò perchè ogni operare su cosa altrui in forma d'esercizio di servitù, era stato chiamato e trattato per *juris quasi possessio*, compreso l'operare come usufruttuario *l. 3*, *§ 17*, *de vi*. Su questa *juris quasi possessio* il pretore basò i relativi interdetti, e su essa diè all'usufruttuario gl'interdetti *utilia uti possidetis* e *unde vi* (§ 752).[1] Confrontiamo coi testi. Un possesso dell'usufruttuario sulla cosa è riconosciuto nella *l. 69*, *de furtis* cf. *l. 1*, *§ 15*, *de his qui test. lib.* Nella *l. 12*, *pr. h. t.* Ulpiano afferma, che solo è naturale possesso « naturaliter videtur possidere », significando con quel « videtur » l'operazione del dritto civile che

[1] Perchè non sia stata riconosciuta *juris quasi possessio* anche nel creditore pignoratizio, vedremo a § 415 e 455.

avendogli riconosciuta una *juris quasi possessio* non gli accordò la civile *rei possessio*. Concordano le *l. 49, pr. eod.* « naturaliter a fructuario teneatur » (§ 101), *l. 5, § 1, ad exhib.* « eum qui ususfructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat » (§ 102), *l. 57, pr. de usufr.* ove si dice *praedium possessum* dall'usufruttuario rapporto al tempo in che esso ne godè per legato fattogli della proprietà del medesimo, *l. 60, § 1, eod.* « fructuarius... in possessione esse debet, » *l. 1, § 8, quod legator.* « neque ususfructus neque usus[1] possidetur, sed magis tenetur, » *l. 6, § 2, de precar,* « et fructuarius... sunt in praedio: et tamen non possident. » Precisamente del negato possesso civile della cosa in vista dell'affermata *juris quasi possessio* si deve intendere quel che si legge *l. 10, § 5, de a. r. d., Gaj. II, 93, § 4, I. per quas pers. cuiq. acquir.*, che l'usufruttuario « non possidet sed habet jus utendi fruendi. » Appunto della *juris quasi possessio* si debbono intendere queste ultime parole; mentre attenendosi alla loro più letterale significazione vi si troverebbe vanamente ripetuto dal giureconsulto ciò che era in ipotesi, trattarsi cioè di chi avea dritto d'usufrutto, dell'usufruttuario. Nè quel modo di enunciare la *jur. q. poss.* nell'usufruttuario è privo di esempi; si veda infatti la *l. 4, uti possid.* (§ 754). E tale interpretazione è confermata dal *§ 90, fragm. vat.*, nel quale simile espressione viene usata in forma più prossima all'idea non del dritto dell'usufrutto ma del fatto del quasi possesso «..... usufructu legato legatarius... non possidet legatum, sed potius fruitur »;[2] e dalla *d. l. 5, § 1, in fi. ad exhib.;* in cui del pari viene opposto il « possideat » all' « utatur fruatur; » nonchè dalla *l. 2, § 3, de precario*, ove al possesso del corpo si oppone prima la *possessio juris* (ossia la *jur. q. poss.*, ved. § 423) e poscia l'*uti*.

---

[1] Per *res fructuaria* ecc. Scambio non dissimile di parole si trova nella definizione del tesoro *l. 31, § 1, de a. r. d.*, nella quale per converso in vece della cosa si prende di mira l'atto.

[2] Di questo *§ 90* e del seguente *§ 91, fragm. vatic.*, ved. § 752, seg.

§ 150.

Anche negli scrittori latini all'infuori de' giureconsulti nostri abbiamo testimonianze sul possesso meramente naturale dell'usufruttuario. Così leggiamo in Apuleio *1 Apol.* « Plurimis rebus possessione caremus, usu fruimur. » — Del medesimo possesso naturale sulla cosa si deve intendere quel che Cicerone dice *pro Caec. 32.* « Caesenniam possedisse propter usumfructum non negas. » Per bene intendere queste parole di Cicerone, tanto variamente interpretate, convien ricordare l'occasione in cui l'oratore assunse la dimostrazione del possesso. A Cesennia aveva il primo marito lasciato l'usufrutto de' suoi beni. Poscia Ebuzio, per mandato di essa vedova avea comperato la proprietà d'un certo fondo di quella eredità. Cesennia lo avea affittato ad un colono. Quindi Cesennia morì, istituito erede il secondo marito Cecina nella massima parte della sua eredità. Ebuzio, oltre ad altre opposizioni, faceva a Cecina controversia su quel fondo, asserendo se stesso divenuto padrone per la compra; Cesennia averne avuto solo usufrutto lasciatole dal primo marito su esso come sugli altri beni. Anzi colla *vis armata* respingeva Cecina che voleva entrare in quel fondo. Allora Cecina mosse l'interdetto *de vi armata* contro Ebuzio. Cicerone difensore di Cecina premette nel *cap. 32* che in questo interdetto non è necessario provare il possesso (§ 113). Soggiunge, che ciò non ostante esso vuole fuori della causa dimostrare in breve che possesso era esistito in Cecina. Veramente non bastavagli per vincere, che in genere non sia il civil possesso necessario in tale interdetto, perchè nel medesimo è ben necessario il possesso naturale (d. § 113); ora se in Cecina fosse esistito un possesso naturale, questo sarebbe stato anche civile perchè accompagnato dall'animo di erede e di padrone (§ 105). Pertanto Cicerone assume la prova del possesso civile nel suo Cecina: ed a questo scopo gli era d'uopo dimostrare il fisico requisito dell'acquisto del possesso. Giacchè degli elementi dell'animo e del corpo, che, come vedremo, ad acquistare il possesso son

necessari, quanto all'animo era pronto, come or ora notavo, l'innegabile fatto che Cecina aveva avuto ed aveva tuttora l'animo d'erede e padrone sul fondo: così che appena riescisse a Cicerone di provare la presenza dell'altro elemento fisico, nulla sarebbe mancato a costatar l'esistenza del possesso civile quale i padroni hanno nelle cose proprie. Ora a dimostrare l'elemento fisico, Cicerone si adopera in primo luogo di provare che questo era stato in Cecina nella stessa forma in cui precedentemente erasi trovato nella sua autrice Cesennia, ossia per mezzo di quel colono stesso che Cesennia aveva introdotto nel fondo. Per tale scopo comincia l'oratore dalla persona di Cesennia. Per dimostrare la presenza del fisico elemento nella medesima è indifferente a Cicerone l'assunto del civile o del naturale possesso in essa, perchè anche il possesso naturale ha l'elemento di fatto, alla costruzione del quale egli mira unicamente. Quindi ottimamente argomenta ricordando, che sull'usufrutto di Cesennia nel fondo neppure Ebuzio faceva controversia, appunto perchè gli bastava il dimostrare che dessa, in qualunque modo si fosse, avea posseduto. E qui spettano le surriferite controverse parole di Cicerone « Caesenniam possedisse propter usumfructum non negas. » Aggiunge, che la donna avea ritenuto il possesso per mezzo del colono a cui avea affittato il fondo, almeno in virtù dell'incontroverso dritto d'usufrutto « quoniam colonus habuit conductum de Caesennia fundum. » Fissato così il possesso in Cesennia, passa l'oratore alla seconda parte, cioè a provare che anche nell'erede Cecina erasi verificato lo stesso elemento fisico di possesso per mezzo del colono medesimo; onde, concorrendo già in esso, siccome dissi, l'animo non d'usufruttuario ma di padrone, il possesso civile venisse nel medesimo stabilito. Sostiene, che quel colono stesso, imposto dall'autrice, era stato per l'erede Cecina il mezzo a costruire l'elemento fisico del possesso. Sul valore dell'argomentazione di Cicerone in questa seconda parte vedi. § 273; ove rifletteremo ancora sopra altri argomenti aggiunti da esso per dimostrare che Cecina aveva civilmente posseduto.

§ 151.

Del resto anche nel caso dell' usufruttuario si verifica, che esso, tenendo la cosa, la conserva pel padrone, ed opera su essa nell' interesse del medesimo. Su di che si costruisce il solito possesso nello stesso padrone. Possesso constatato da Venulejo *l. 52, pr. h. t.* « Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet: quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent: neque[1] impediri possessionem, si alius fruatur; neque alterius fructum computari, si alter possideat ». Credo però, che il possesso del proprietario valga per la sola usucapione e non per gl' interdetti. Imperocchè avendo dato gl' interdetti *uti possid.* e *unde vi*, benchè utili, all' usufruttuario, non conveniva dare i medesimi diretti al padrone con insolita ripetizione. Testi quanto al possesso, che ha il padrone sulla cosa stessa fruttuaria, non abbiamo a diretta prova di questa nostra opinione. Ma ne abbiamo quanto alla *juris quasi poss.* relativa a servitù annesse al fondo fruttuario; la quale in questi punti di rapporto fra usufruttuario e proprietario è retta dalle stesse regole che governano la *rei possessio* (§ 462). Il testo è nella *l. 3, § 4, de itin. act. priv.* (cf. § 481).

§ 152.

Poichè abbiamo discorso di varie combinazioni di possesso, e trovato de' casi ne' quali il possesso anche civile esiste presso due persone, è opportunissimo parlar qui di una regola famosa, della quale potrebbe anche tenersi parola o sotto il capo sul soggetto o sotto l' altro dell' oggetto del possesso. Ma val meglio trattarne in questo luogo, e per la cennata relazione in che trovasi con ciò che sopra abbiamo

---

[1] *Neque* si ha da leggere, coi basilici (οὐδὲ ὁ νεμόμενος ἐμποδίζεται τῷ τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἔχοντι χρῆσθαι) e con altri buoni codici; e non colla fiorentina *namque*, che neppure è d' accordo colle premesse di Venulejo.

esposto, e per la necessità di non tardarne la esposizione, unita com'essa è intimamente al concetto del possesso. La regola è, che non possa essere possesso in solido di due o più persone; *l. 5, § 15 commod.* Ulp. « duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. » Parlando di questa regola compiremo la seconda parte del presente secondo capo del trattato di cui ci occupiamo, qual'è sul possesso di più persone sulla cosa medesima. — Una relativa disputa di giureconsulti viene esposta nella *l. 3, § 5, h. t.* Comincia Paolo dallo enunciare la regola stessa. Soggiunge che pur non ostante Sabino aveva scritto, che, data una cosa a precario, e il dante possiede e l'accipiente. Che Trebazio avea tal sentenza di Sabino approvata, ed aveva aggiunto poter uno posseder giustamente ed un altro ingiustamente, non poter due ingiustamente o due giustamente. Che Labeone aveva ripreso Trebazio perchè nella somma del possesso poco importa che altri giustamente od ingiustamente possegga. E Paolo sta con Labeone, resa la ragione dalla regola sopra esposta; che non più possa lo stesso possesso essere presso due di quello che possa sembrar verosimile che tu stia nel luogo ove stò io o che nel luogo ov' io seggo tu segga. — Ma per converso il possesso solidale in due trovasi riconosciuto nella *l. 6, § 1, h. t.* Ulp. « Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. » Ecco due possessori ammessi. Anzi le sentenze riprovate nella *d. l. 3, § 5,* sono altrove riproposte. Nella *l. 15, § 4 de precar.* si riproduce la sentenza di Sabino da Pomponio « penes utrumque esse eum hominem qui precario datus est ». Si ripresenta la distinzione di Trebazio nel testo di Giuliano *l. 19, pr. de precar.* « Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere, aut clam: nam neque justæ neque injustæ possessiones duæ concurrere possunt », e nell'altro d' Ulpiano *l. 3, pr. uti possid.* ove quella distinzione viene spiegata per l'interdetto *uti possidetis* da esercitarsi fra ambedue i possedenti.

§ 153.

Savigny *pag. 146*, *seg.* crede, che nella *l. 3*, *§ 5*, *h. t.* siano contenute le sentenze pienamente riprovate di Sabino e di Trebazio, e la sentenza di Labeone e di Paolo approvata dai compilatori. Aver creduto Sabino, che dalla regola escludente il doppio solidale possesso dovesse essere eccepito il caso del precario, in cui giuridico possesso fosse e nel dante e nell'accipiente; senza che esso Sabino distinguesse sul possesso del secondo se giusto fosse od ingiusto. Avere Trebazio approvato tale opinione di Sabino, ma con una modalità, se cioè ingiusta fosse la possessione del rogante; ora secondo Savigny allora è ingiusta, quando il rogante abbia alla ripetizione del rogato risposto col rifiuto. Esser stata da Trebazio aggiunta una estensione; che cioè si dovesse da quella regola generale eccepire, ogni qual volta non si trovassero due possessi giusti o due ingiusti, ma uno giusto l'altro ingiusto nell'istesso modo che in quel caso del precario, ove giusto era il possesso del dante ingiusto quello del rogante. Però, soggiunge Savigny, che non si deve credere essere stata questa sentenza espressa da Trebazio in modo troppo lato e generale. Che Trebazio non pensava del caso degl'interdetti da darsi al dejetto violentemente; giacche costui ha l'*unde vi*, interdetto *recuperandæ*, lo che suppone così chiaramente perduto in esso il possesso, che nè Trebazio nè altro giureconsulto avrebbe potuto dire il contrario senza troppo manifesto errore. Trebazio secondo Savigny parlava ad intuito degl'interdetti sperimentati dal deiiciente. Poichè se costui non contro estranei ma contro il dejetto voglia conservarsi in possesso per mezzo dell' *uti possid.*, viene respinto coll' eccezione in esso editto contenuta « si neque vi, neque clam, neque precario alter ab altero possidetis ». Trebazio avrebbe spiegato questa teoria attribuendo al precedente possessore continuazione di possesso sotto questo aspetto (« in dieser Rücksicht »). Simili cose crede Savigny doversi dir presso a poco del possesso clandestinamente occupato, quanto alla sen

tenza di Trebazio. Finalmente fa analoghe applicazioni di questa sentenza al precario *pag. 158*. Procedendo nella interpretazione del frammento dice, che meglio pensarono Labeone e Paolo, i quali le suesposte cose condannarono, e costantemente ritennero la regola del negato doppio possesso solidale; opinione che piacque ai compilatori, come prima era piaciuta ad Ulpiano. Infatti Ulpiano nella *l. 5 § 15 commod.* nega assolutamente quel duplice possesso: e questa stessa sentenza d'Ulpiano trova Savigny nella *l. 6, § 1 h. t.* Poichè, dice Savigny, nel caso di clandestina occupazione, qual' è il trattato in quest' ultimo testo, è regola (regola che esso esporrà a suo luogo, e che noi all' opportunità esamineremo) che in cose di suolo non si perda il possesso all' antico possessore finchè non ha avuto notizia dell' occupazione medesima. Ulpiano, fermo tenendosi al principio che due possessi solidali esser non possono, riconosce nel detto testo un solo possessore, vale a dire l' antico, nell' occupatore non ammette possesso. Lo che Savigny deduce dal fine del frammento, ove dice il giureconsulto che se l' occupatore non ammetta il padrone che ritorna, comincia in esso un possesso violento: e ciò per Savigny importa che dunque egli non possedesse per lo innanzi clandestinamente, altrimenti seguiterebbe tuttora in esso il possesso clandestino in forza della massima scritta nella stessa *l. 6, pr.* « non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est. » Crede il dotto scrittore tedesco, che nella *l. 3, pr. uti possid.* non sia compresa che una ipotetica definizione d' Ulpiano « Si quis proponeret possessionem justam et injustam. » Vale a dire, se si ritenesse per vera l' opinione di Trebazio, ricerca Ulp. cosa avrebbe a dirsi dell' interdetto *uti possid.* da esercitarsi frai due possessori, l' uno giusto, l' altro ingiusto, ossia di questo interdetto promosso dall'ingiusto contro il giusto. E, sempre in detta ipotesi che veramente Ulp. non approva, risponde il giureconsulto che se l'ingiusto avesse preso il possesso dall'istesso avversario giusto possessore, allora dovrebbe soccombere; secondo l'opinione di Trebazio appunto perché l' altro segue relativamente a possedere ed ha miglior possesso di lui (mentre nell'opinione di

Paolo soccomberebbe solo per diretta virtù della nota eccezione « nisi vi etc. ») Se poi l'ingiusto possessore, promotore dell'*uti possid.*, avesse presso il possesso non dall'istesso avversario ma da un altro terzo, allora, sempre nella supposta opinione di Trebazio, niun de' due soccomberebbe, la lite non potrebbe decidersi, appunto perchè ambedue posseggono (mentre Paolo darebbe vittoria al promotore). Quanto alla *l. 19, pr. de precar.* si spunta il grande acume di Savigny, e nulla di meglio trova da dire se non che esservi riproposte le condannate opinioni sul precario per mera oscitanza dei compilatori.

§ 154.

A tale sentenza di Savigny non possiamo aderire. A parte l' infelice spiegazione della *l. 19, pr. de precar.*, credo che Savigny non bene intenda la *l. 3, § 5 h. t.* Male vi è inteso Trebazio, il quale approva pienamente, non modifica ossia emenda l'opinion di Sabino. Sabino avea detto essere eccezione alla regola sul negato duplice possesso solidale il caso del precario. Allora di Trebazio si soggiunge « *Idem* Trebatius *probabat, existimans*, posse alium iuste alium injuste possidere. » Ove mai può trovarsi il pensiero di correggere e modificare? Mentre anzi Trebazio approvava l' opinione di Sabino, *existimans* (cioè mentre credeva, con ciò stesso che credeva) esservi duplice possesso solidale quando uno possedesse giustamente ed un altro ingiustamente. Ed infatti onde il possesso dell' accipiente a precario dicasi ingiusto, non occorre punto ricorrere al tempo che in esso neghi la restituzione. Poichè vedemmo § 87, che il possesso precario, benchè talvolta sia detto giusto in quantochè munito della legittima facoltà, pure può dirsi e vien detto ne' testi ingiusto in quantochè vizioso, ora vizioso è certamente in qualunque sua epoca e stadio *l. 13, § 1, 13 h. t.* ecc. (cf. d. § 87). [1] Pertanto ecco il legame

---

[1] Non a ragione MEISCHEIDER *pag. 89* dice vizioso il possesso del rogante solo quando ed in quanto egli viene in opposizione col dante e colla volontà del medesimo; vedi in contrario specialmente la *l. 53, h. t.*

fra le opinioni di Sabino e di Trebazio. Sabino crede che siano due possessi solidali, uno nel dante l'altro nell'accipiente a precario. Trebazio approva secondo per la ragione che un possesso è giusto e l'altro è ingiusto, secondo la sua generale opinione che possano coesistere due possessi, purchè giusto uno ingiusto l' altro — Nè esatto ci sembra il supporre che fa Savigny avere Trebazio parlato dell' interdetto non dal dejetto ma dal dejiciente promosso. Poichè se, come dice Savigny, non sarebbe stato degno d' un giureconsulto riconoscere il possesso in chi ha l'interdetto *unde vi*, interdetto *recuperandæ*; neppur da giureconsulto sarebbe stato ammettere insieme perduto il possesso col dare l' *unde vi*, ed insieme ammetterne l' esistenza nel campo dell' interdetto *uti possid.* promosso dal dejiciente. [1] E ciò senza alcuna, non dirò ragione, chè non ve ne ha contro la logica, ma neppur occasione di dover vincere qualche difficoltà. Imperocchè era facilissimo il riconoscere quel che gli altri giureconsulti riconoscevano, l' eccezione cioè « nec vi, nec clam etc. » proposta nell' editto, e farla valere semplicemente come eccezione, con che era provveduto alla difesa del dejetto senza almanaccare un possesso nel medesimo. È incredibile che Trebazio, giureconsulto egregio, contro le regole di dritto, da esso stesso accettate, senza alcuna apparenza di bisogno, immaginasse questo possesso. Che tali non fossero le viste di Trebazio, lo conferma la *d. l. 3*, *pr. uti possid.*, dove Ulpiano parla di nuovo di coesistenti possessi, uno giusto l' altro ingiusto, intendendolo Savigny per la ipotesi della opinione di Trebazio. Ometto di osservare quale strano passatempo sarebbe stato quello di Ulpiano di ripescare un vecchio errore e lavorarvi sopra per farci delle applicazioni diligenti. Dato pure che Ulpiano si riferisca alla sentenza di Trebazio, non avrebbe potuto dire, che nel caso d' ingiusto possesso preso non dall' avversario ma da un terzo niun de' due vincerebbe nell' interdetto. Perchè staremmo del tutto fuori della clausula dello

[1] Sopra una finzione di possesso escogitata da molti recenti in colui, dal quale l' avversario possiede viziosamente vedi § 687. segg.

editto « nec vi, nec clam, nec precario *alter ab altero* possidetis », sarebbe cessata la speciale ispezione in cui Trebazio riguardava questa clausula (nel che, come vedemmo, consisteva secondo Savigny la sua sentenza), e la vittoria sarebbe stata del promotore dell' interdetto giusta le regole da tutti ammesse.

§ 155.

Neppur buona ci sembra la esposizione che fa Savigny della *l. 6*, *§ 1*, *h. t.*, quasi Ulpiano nel caso del fondo clandestinamente occupato da alcuno, vi riconosca, stando così le cose, il possesso solo nell'antico possessore. Già Cujacio avanti Savigny avea negato, che altri coll' occupare clandestinamente un fondo ne acquisti possesso. Erronea opinione: mentre, come proveremo a suo tempo, il possesso con tutti i suoi estremi ottimamente conviene a tale occupatore. Adesso notiamo, che ostano le parole del giureconsulto « aliquis occupaverit *possessionem*, videri eum clam *possidere* » nel primo periodo. E vanamente Savigny *pag. 332 seg.* pensa di una seguente correzione di Ulpiano fatta a Labeone. Poichè nè le correzioni s' intraprendono con un *ergo*; nè Labeone può aver sbagliato sulla nostra regola, che esso stesso avea difesa nella *d. l. 3, § 5* contro Sabino e Trebazio, osservandolo Paolo benchè suo perpetuo censore. Anche più chiaro si rende l' equivoco del Savigny, se colla fiorentina si legga nell' ultimo periodo » si revertentem non admiserit vi *intelligi* possidere. » Poichè questo verbo in tempo infinito è retto sempre dal « Labeo scribit », ed indica essere l' intero luogo da capo a fondo preso da Labeone senza che Ulp. nulla vi aggiunga del proprio. E che la lezione fiorentina debbasi ritenere, non solo lo crediamo per l' autorità del libro, ma pel sommo interesse che avea Labeone di notare il passaggio dalla clandestinità nella forza, perchè quel furto che esso per lo innanzi avrebbe riconosciuto sul fondo ora secondo esso stesso sarebbe cessato *l. 25, § 1 de furt.* (§ 332).

§ 156.

Nè punto cangia il detto che trovasi nella *l. 6*, *pr.* « non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est. » Ulpiano applica ivi al caso di chi avea cominciato a possedere palesemente, quindi si celò. Applica ancora Africano *l. 40, § 2, h. t.* a colui che avea principiato a possedere in b. f., poscia per la sopravveniente m. f. cominciò a celare temendo che il padrone richiedesse « non ideo magis hoc tempore clam possidere videri me »; nonchè a colui che avea cominciato il possesso clandestinamente, quindi rese consapevole il padrone « non ideo desinere me clam possidere. » Ma questo detto non ha forza generale. In genere è vero il contrario. Se cominciasti a possedere palesamente ed in b. f., ed ora nascondi, non si può dire in verità che anche adesso tu stia in manifesto ed onesto possesso. Se principiasti clandestinamente, e adesso rendi consapevole, non è vero che oggi tu possegga clandestinamente tuttora. Sono d'accordo i testi. Così Ulp. *l. 25, § 5 de H. P.* dice, che le disposizioni del senatusconsulto contro i predoni sono da applicarsi anche a colui che « ab initio quidem justam causam habuit adipiscendæ possessionis; postea vero, conscius ad se nihil hereditatem pertinere, prædonio more versari cœpit. » Lo stesso Ulp. *l. 10 de liber. caus.* designando chi sia in possesso della libertà senza dolo malo, conta anche colui che cominciò a celarsi come fuggitivo ma poi cessò e prese ad agire da uom libero: come viceversa nega esser tale chi cominciò coll' agire come libero e poi agisce da fuggitivo. Ancora Ulp. *l. 23, § 1, de a. r. d.* dice, che chi principiò a possedere l'altrui servo in b. f. e dopo seppe che era alieno, non può più acquistare per mezzo di esso « Quæstio in eo est, utrum initium spectemus, an singula momenta? et magis est, ut singula momenta spectemus. » [1]

---

[1] Vedremo molti altri casi esponendo la regola, che niuno può cangiare a se stesso la causa del possesso. E che nelle usucapioni la clande-

§ 157.

I due testi di Ulpiano e di Africano, *l. 6, pr., l. 40, § 2, h. t.*, spettano, a quel ch' io credo, ad una teoria propria degl' interdetti, stabilita allo scopo di decidere chi di due litiganti, in genere ammessi ad un interdetto, debba riescir vincitore. Poichè trovandosi sovente costituito, p. e. nell' *uti possidetis*, che, se uno possegga con violenza o clandestinità o precario *ab adversario*, abbia ad esser vinto da questo; così era d'uopo investigare l'origine del possesso, cioè se il possesso violento ecc. era stato originariamente preso all' avversario. Onde è che Ulp. dice « *in ea causa est* ut non *videatur* clam possidere », ed Africano « non... clam possidere *videri* me », designando con tali espressioni che non parlano secondo la verità assoluta ma relativamente a speciale effetto. — Ma anche negli interdetti, fuori di quel punto di designare chi di due contradittori in genere ammessi debba vincere, non si riguarda all' origine dell' acquistato possesso ma alla presente verità. Possedevi clandestinamente il fondo di Tizio: il possesso è tuo, ma non per questo (lo mostreremo) cessa l' anterior possesso di Tizio. Quindi Tizio può contro te esercitare l' interdetto *retinendae*, *uti possidetis*, e vincerà benchè in seguito reso da te consapevole, perchè sempre è vero che da esso possedesti clandestinamente; il principio è sempre clandestino, ed il pretore non difende il possesso che tal principio ebbe dall'avversario, *d. l. 40, § 2.* Ma poni che tu colla forza abbia respinto Tizio allorchè ritornava; allora non è solamente questione chi di voi due vinca, ma se a Tizio possa assolutamente darsi l'*uti possidetis*. Essendo questo interdetto *retinendæ*, cioè dandosi a colui che non un tempo possedeva ma che oggi possiede, non si dà a chi colla forza respinto perdè certamente quel possesso che aveva. In tali aggiunti si guarda alla verità delle cose; tu non

---

stinità od altro vizio sopravveniente possa mutar la natura del possesso, e far cessare l' usucapione, lo vedremo § 535, seg. dalle *l. 29, de pign. act.*; *l. 4, de d. i. v. e. u.*; *l. 6, pr. pro emt.*; *l. 4, pr. pro suo.*

possiedi clandestinamente ma violentemente; sei tenuto coll'*unde vi h. l. 6, § 1, fi.* « vi magis intelligi possidere, non clam. » Un altro esempio è nella *l. 6, § 3 de precar.* Colui che avea espulso colla forza, domandò poscia in precario. È la questione, se il rogato possa essere ammesso assolutamente all'*unde vi*, o ad altro interdetto. Per la rogazione in precario avvenne, che in forza di costituto possessorio (come vedremo) il possesso incominciò in esso rogato. Dunque non può esercitar l'*unde vi*, ma il *de precario.* Ulpiano sull'autorità di Giuliano riconosce che in colui, il quale aveva espulso, si è cangiata la causa del possesso.

§ 158.

Sembra a prima vista fare ostacolo, e persuadere una maggior estensione del detto della *l. 6, pr.*, un passo d'Ulpiano *l. 1, § 28, vers. sed qui, de vi.* « Sed qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait, non vi possidere. » Rispondiamo, che Ulpiano espone l'interdetto *unde vi,* che si dà contro il violento. Quando diciamo violento, parliamo in mala parte, ossia intendiamo il vizio, *l. 13, § 1 h. t.* Non è dunque tale colui che il suo giusto possesso difese colla forza, lo che è lecito e per naturale e per civil ragione *l. 1, C. unde vi.* Di questo parlano Labeone ed Ulpiano. [1] Onde Ulpiano collega quella sentenza di Labeone con ciò che avea detto nel paragrafo immediatamente precedente: « Vim vi repellere licere, Cassius scribit; idque ius natura comparatur. » — Conchiudiamo, che ottimamente si concilia nella *l. 6, § 1* lo aver prima posseduto clandestinamente; e quindi, fatta violenza, cominciare possesso violento. [2]

---

[1] Poni, che io abbia ritenuto colla forza il possesso contro la tua aggressione. Quindi tu ritorni e mi espelli. Io sperimento l'*unde vi.* Potrai tu per quel primo avvenimento eccepire per dritto delle pandette « nisi vi etc. »? Non potrai. Non già perchè questa clausula probabilmente poteva essere usata anche come replica; ma perchè non è affatto vero che io possegga violentemente da te. Sopra un punto simile a questo cf. § 738.

[2] Perchè nel *§ 1* non applica Ulpiano il detto fin qui discusso del *pr.*, benchè speciale agl'interdetti ne' limiti sopra descritti, ma applica

§ 159.

Ecco la mia opinione. Qual' è la vera portata della regola, che due in solido non possano possedere? Ciò che leggiamo nella *l. 3*, *§ 5*, *h. t.* « non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo sedeo, tu sedere videaris » non presenta tutta l' estensione e tutta la forza della regola medesima. Imperocchè essa non vale solamente ad escludere che nel punto ove io sto co' miei piedi ancor tu possa stare co' tuoi, o che nel seggio in cui io siedo possa tu pur sedere. Cose tanto patenti da non doversene formare una regola, non che servir d' oggetto alle dispute de'giureconsulti. Quelle parole del testo non letteralmente debbono essere intese, ma dimostrativamente. La regola significa, che due o più persone non possono possedere l' istesso oggetto per intero, ossia non possono su tutta la cosa esercitare, con volontà a ciò diretta, un' attuale od abituale attività, che sia piena ed assoluta di sua natura. La ragione è, perchè quell' esclusività, la quale, come vedemmo, è sempre nel concetto del possesso, suol'essere anch' essa piena ed assoluta in chi piena ed assoluta attività eserciti su tutta la cosa. Ora di due poteri pienamente ed assolutamente esclusivi non si concepisce coesistenza senza contradizione, come di fatto non si potreb-

---

piuttosto quella che, secondo noi, è regola generale, doversi cioè riguardare il possesso qual' è attualmente per dirlo tale? Perchè nel *vers. Verum* di *d. § 1* domanda, se al padrone si conservi di fronte al repellente il possesso, di cui nel *vers. Retinet* parlava di fronte al clandestino. Pertanto non rimaneva assolutamente in quell' articolo proprio di quel detto speciale. Massimamente considerando che se anche in questo punto fosse rimasto, non v' era ragione di alterare la verità qual' è che ora il possesso è violento. Dappoichè si arriverebbe sempre allo stesso risultato di applicare negl' interdetti l' eccezione « nisi vi etc. » come se quello special detto venisse invocato; giacchè ciò facendo il possesso si direbbe clandestino e risulterebbe l'istessa applicazione. Or quando i risultati sono identici, non v' è ragione di allontanarsi dalla verità.

bero accostare senza distruggersi immediatamente a vicenda. Onde s' intende perchè Ulp. nella *l. 5, § 15, commod.* nello escludere la solidale coesistenza parla insieme e del possesso e del dominio; giacchè vale per ambedue la ragione medesima, essendo il dominio un potere regolarmente pieno ed assoluto, pienamente ed assolutamente esclusivo. E s' intende ancora perchè nell' istesso frammento si riconosca la coesistenza di due usi solidali (« usum... cujuscumque in solidum esse »), cioè per la mancanza della esposta ragione, non essendo l' uso un potere di sua natura esclusivo (§ 34 e 178. n. 2.) [1]. Pertanto quando Paolo nella *l. 3, § 5* porta per

[1] Vedemmo § 48, no. 3, come due possano l' intiera cosa possedere e pur non essere possessori solidali. Ciò nelle varie speci, in cui altri, pur possedendo a nome proprio, serva insieme d' istromento al possesso d' un altra persona. Poichè l' attività, di cui ciascuno de' due intende profittare nel proprio interesse e per costruirne il proprio possesso, non è assoluta, ma considerata in due divisi e speciali rapporti, e ne' rapporti medesimi circoscritta e limitata — Anche il dominio in quanto viene talvolta riguardato in diverse relative ispezioni può senza assurdo segnalarsi in due subietti, *l. 30, C. de jur. dot.*; cf. *l. 75, de jur. dot.*; *l. 14, C. de fund. patrimon.* cf. *l. 8 C. eod tit.* (della *d. l. 14 C.* parlerò § 565); ed altro esempio vedremo a § 193. — Certo in quelle speci non si ritrova la doppia piena ed assoluta esclusività, che è inconcepibile in teoria, e che in pratica si distrugge a vicenda. Dappoichè in esse speci la persona, che insiste sulla cosa adoperando la propria attività per se stessa sotto l' aspetto dell' interesse proprio e rivolgendola per l' altra persona sotto l' aspetto del riconosciuto interesse della medesima, fa ciò, che ottimamente si concepisce e può esistere, come esiste, nella realtà degli avvenimenti. E forse per questa mancanza di doppia assoluta esclusività, più sentita che espressa, il Bassiano presso Odofredo *comm. ad l. 10 C. h. t. num. 5* in alcuna di quelle speci ammise che due posseggano in solido; lo che pure in taluna delle speci medesime ritrova anche Kierulff *Civilrecht pag. 368*. Ma meglio mi sembra il dire, che non esiste affatto solidarietà: perchè, come dissi, non è assoluta ma speciale la doppia attività sù cui i due possessi si costruiscono — Vedemmo ancora che talvolta due posseggono da per loro l'intera cosa, ma vi esercitano ciascuno un' attività non piena in se stessa ma parziale e divisa, facendo ciascuno sulla cosa certe e determinate operazioni; onde non sono solidali possessori. Ciò trovammo nel caso de' *missi in possessionem*; nel quale costoro esercitano sulla cosa tanta attività quanta corrisponde alla loro missione, mentre il padrone rimane ad esercitare sulla

argomento della regola sull' escluso doppio solidale possesso il non poter tu stare dove sto io, o sedere ove io seggo, ottimamente sceglie la via del ragionare, che è precisamente quella della esclusività e della relativa incompatibilità segnalandola chiara e patente manifestazione; non già intenda limitare in una la regola al punto ove ei ferma il suo raziocinio, punto scelto, come dissi, solo per dimostrazione.

§ 160.

Così procedono le cose ordinariamente. Se non che possono talvolta verificarsi in due persone attività attuali o potenziali, direttamente volute da ciascuno sull' intera cosa, piene ed assolute ambedue, insomma due possessi solidali, che pur siano compatibili insieme; perchè cessi la ragione onde regolarmente due possessi solidali non coesistono. Ossia perchè non ostante quella pienezza di attività, pure per la forza delle circostanze non ne deriva assoluta la reciproca esclusività. Questo può accadere nell' ipotesi di chi possegga un fondo non trovandosi attualmente in esso, ossia lo possegga *nudo animo* (§ 47). Esaminiamo — Io posseggo un fondo mio, ma ne sono assente, lo posseggo *nudo animo*. Ora avvenga, che sopraggiunga un altro, il quale profittando della mia assenza entri clandestinamente nel fondo stesso e cominci ad esercitarvi per suo conto ogni attività: è il caso della *l. 6, § 1, h. t.* Sembrami non doversi dubitare, che egli ne acquisti il possesso. Esso detiene; esso esercita l'attività

---

cosa stessa l' antica sua attività, limitata però in riguardo a quella dei *missi* (§ 117). Vedremo un altro caso a § 178 n. 2. Ciascuno ha una relativa esclusività, che appunto perchè relativa è in teoria concepibile in due, ed in pratica in que' due coesiste egregiamente. Vedremo poi § 175. segg., come due possano possedere le parti di una cosa: nel quel caso l' attività, come intesa e voluta direttamente da ciascuno, si limita per ciascuno alla parte propria; onde in nessuno v' è esclusività piena, o solidale possesso. — Quest' ultimo trattato viene da noi rimesso all' articolo sull' oggetto del possesso; perchè si trova in intima connessione con altra disputa, a questo esclusivamente spettante.

sul fondo; la esercita con atti di loro natura non momentanei, ed in certo aspetto esclusivi. Poichè quantunque sia vero ciò che fra poco esporremo, doversi presumere che egli cederà il possesso a me quando io ritorni, questo non importa che i suoi atti non abbiano di loro natura una durevolezza (cf. § 39), nè toglie, che attualmente egli solo insista sul fondo (cf. § 109). E quest'attività la esercita intieramente a conto proprio e pel proprio interesse; onde non può dirsi in verun modo, che sia istromento al possesso mio: il suo possesso è solidale. Ciò non ostante da tale sua posizione non può dirsi, che risulti in esso una esclusività assoluta, in vista appunto della presunzione a cui or ora abbiamo accennato. Dappoichè in colui, che clandestinamente entrò nel fondo dell'assente, ha il dritto romano, in riguardo di questo suo timido e furtivo operare, ben ragionevolmente presunto, che al mio riapparire avanti al fondo non avrà l'audacia di respingermi, ma invece cederà alla mia presenza e mi lascerà il fondo stesso (« facile expulsurus » *l. 18*, *§ 3*, *h. t.*): su di che dovremo tornare più largamente § 303. Così avviene, che la sua esclusività non sia assoluta, e lasci posto per un altro possesso, per un'altra relativa esclusività a favor mio. Ed io infatti in quelle circostanze, ed in vista di quella presunzione, conservo il possesso del fondo. Imperocchè per tale presunzione resta in me salva quella disponibilità, che, come esporremo § 286, è necessaria perchè si conservi il possesso delle cose agli assenti. Onde nella *l. 6*, *§ 1* precisamente dalla clandestinità dell'occupatore il giureconsulto conchiude alla durata del possesso nell'assente « Retinet *ergo* etc. » Ecco esistenti insieme due solidali possessi. Solidale, lo vedemmo, quello del clandestino occupatore: solidale il mio, giacchè la mia abituale attività riguarda pienamente ed assolutamente il mio solo interesse. Coesistenti, perchè come nel clandestino occupatore la solidarietà del suo possesso non importa, come dicevo poc'anzi, una esclusività assoluta, così neppure assoluta esclusività importa in me il possesso mio benchè solidale del pari. Sendochè la esclusività, esistente pure dal canto mio, è necessariamente relativa, cioè ristretta al suo rapporto colla mia dispo-

nibilità sopra enunciata, la quale non toglie punto che il clandestino occupatore eserciti attualmente la propria attività sul fondo. E tali cose come si concepiscono in teoria, così ottimamente s'intendono nella realtà degli avvenimenti.

§ 161.

Altrettanto direi del caso, che altri non clandestinamente, ma violentemente entri nel fondo di un assente, discacciando però non già me possessore giusto od un altro possessore che a me prestasse ministero di possesso, bensì un tale che avesse il fondo stesso clandestinamente occupato per lo innanzi. Allorchè avvenne tale occupazione clandestina, io, che del fondo ero possessore *nudo animo*, conservai il possesso secondo le cose or ora esposte. Nè ora lo perdo quando quel terzo viene a scacciare colla violenza quel clandestino, conoscendolo per tale, conoscendolo per clandestino da me, ed occupa così esso stesso il fondo. Perchè quantunque l'occupatore violento acquisti certamente possesso, non però si deve presumere che al mio tornare osi respingermi, poichè tanta audacia non si può arguire dallo aver discacciato un ingiusto possessore nè i delitti si presumono. Torna che non si crede perduta a me la disponibilità. Si sostengono per simili riflessioni due possessi solidali.[1]

§ 162.

Nei casi d'eccezione alla regola del negato doppio solidal possesso, esposti di sopra, è manifesto che è sempre sup-

[1] È chiaro perchè altrettanto non possa dirsi del caso che altri occupi violentemente il fondo da me posseduto finora; giacchè è tale il contegno del medesimo da non lasciar posto alla dichiarata presunzione. Nè la presunzione stessa può aver luogo ne' casi delle *l. 1, § 1, vers. si colonus, l. 2. de salv. interd., l. 10, de pignor. et hyp.*, quando cioè la cosa stessa sia oppignorata solidalmente a due: il primo che occupi non cederà certamente all'altro che venga a presentarsi dopo. Quindi un solo possessore è sempre riconosciuto « Possidentis melior conditio est. » Di questi tre testi parleremo a § 656, seg.

posto un possessore giusto ed uno ingiusto; mentre appunto sulla coscienza dell'ingiustizia del proprio possesso in uno si fonda in parte la supposizione, ch'esso non farà ostacolo all'altro che ritorni, e così conservasi in questo la disponibilità ed il possesso. Onde può dirsi egregiamente che *possono* esistere due possessori solidali, allorquando uno abbia possesso ingiusto e l'altro abbia possesso giusto ritenuto *solo animo*. Sotto questo aspetto era vero il detto di Trebazio nella *l. 3*, § 5, *h. t.* Ed ecco perchè trovasi nelle Pand. ripetuto in altri testi, *l. 19*, *pr. de precar.*, *l. 3*, *pr. uti possid.* Ulpiano in quest'ultimo luogo non parla ipoteticamente secondo qualche special parere di un giureconsulto; nè tale ipotetico discorso inducono le sue parole « Si quis proponeret. » Imperocchè in principio del testo egli avea detto assolutamente « si duo *possideant* in solidum, videamus, quid sit dicendum » presentando caso possibile veramente ad accadere. Quindi per dimostrare come possa la questione esser posta, soggiunge « Si quis proponeret possessionem justam et injustam »; non dice « si quis jurisconsultus (Trebatius) » ma « si quis » genericamente. Fa il caso adoperando la parola *proponeret*, della quale i giureconsulti frequentemente si valgono per significar le speci proposte alla discussione e decisione. Or si dirà: Ma se il detto di Trebazio può sembrar giusto, perchè dunque viene questo giureconsulto e da Labeone e da Paolo ripreso? Rispondo: Fu ripreso per due motivi. Primo perchè aveva troppo genericamente ed astrattamente ammesso la coesistenza di un giusto e di un ingiusto possesso. Mentre ciò è vero solo ne' descritti aggiunti, che uno possegga *nudo animo*, e l'altro possegga sì ingiustamente ma non per violenza usata contro esso od un suo rappresentante, bensì clandestinamente, o anche violentemente da altro ingiusto possessore. Qui crediamo che il secondo si trovi in tal posizione da non togliere al primo la disponibilità, attesa la coscienza della propria ingiustizia e della giustizia che milita pel primo, atteso il suo procedere onde non supponiamo che farà forza a questo quando sia per tornare. La giustizia e la ingiustizia entrano solo come circostanze a compire tale stato, ove ammettiamo

due solidali possessi. Trebazio credeva erroneamente, che la giustizia e la ingiustizia de' due possessi fossero per loro stesse la causa onde potessero questi coesistere: per lo che è ben ripreso da Labeone « quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. » In secondo luogo Trebazio venne condannato, perchè ed in quanto approvò l'opinione di Sabino che avea proposto il doppio possesso del dante e dell'accipiente a precario siccome eccezione alla regola del non ammesso solidale possesso in due persone. Anche l'opinione di Sabino sulla coesistenza di quel doppio possesso non era per se falsa, onde tale coesistenza trovasi segnalata anche nella *l. 15, § 4 de precar.* Era falsa in quanto proferita come eccezione alla detta regola (« Sabinus *tamen* scribit »). Imperocchè i possessi del rogato e del rogante a precario non sono punto solidali (§ 48 n. 3, § 159 n. 1). Paolo approvando la riprensione di Labeone contro Trebazio finisce il testo colle parole che già esaminammo « non magis enim eadem possessio apud duos esse potest etc. »; ribadisce la regola e ne dà la ragione, poichè il ben definire le regole e ben descriverne le ragioni, è il miglior metodo per confutare i malintesi in che altri sia incorso rapporto alle medesime.

§ 163.

A compire il trattato di questa grave questione conviene che esaminiamo più da vicino le applicazioni fatte dalla *l. 3, pr. uti possid.* Ulpiano dopo le parole, che spiegammo di sopra, prosegue così « Ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam. si a me possides, superior sum interdicto: si vero non a me neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego. » La prima espressione « Ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam » si deve intendere nel modo seguente. Io posseggo non ostante che tu abbi occupato il fondo da me posseduto *nudo animo*, clandestinamente, o anche colla violenza usata non contro me od un mio rappresentante ma contro un altro ingiusto clandestino possessore (§ 161). Le seguenti parole « si a me possides, superior sum interdicto » si riferiscono

al solo caso che tu possegga clandestinamente, e non all'altro che tu possegga violentemente. Perchè se occupasti *clam*, allora, per ciò che sopra esponemmo, io non ostante seguito a possedere, e se possiedi *a me*, non hai possesso difeso dal pretore verso di me stesso e ti vinco. Ma se occupasti *vi a me* allora io perdei il possesso, non posso vincere coll'*uti possidetis*, come più largamente esporremo trattando di questo interdetto, e mi resta solo l'*unde vi*. Non osta a tal limitazione delle parole del testo che stiamo esaminando, che Ulpiano nelle precedenti proponesse l'indagine generale sul possesso ingiusto tanto *vi* che *clam*. Poichè proposta un'indagine generale, non è punto necessario per soddisfare all'ordine del discorso, che tutti i casi sottoposti si riferiscano a tutte le ipotesi della indagine medesima, ma basta che ciascuno con una delle contenute ipotesi abbia relazione. Il caso espresso nelle parole che esaminiamo è quello del possesso ingiusto per clandestinità; il caso espresso nelle parole che seguono « si vero non a me, neuter nostrum vincetur » appartiene anche al possesso ingiusto per violenza. Infatti se io sono possessore giusto e tu ingiusto clandestinamente o violentemente *ab alio* (caso del d. § 161), allora niuno dei due vince nell'*uti possid.* perchè è caso che ambedue hanno possesso protetto dal pretore non essendo il possesso tuo principiato viziosamente *a me*: « nam et tu possides et ego » cioè ambedue abbiamo quel possesso che merita considerazione nell'interdetto *uti possidetis*, sul quale si aggirava tutto il discorso di Ulpiano; add. § 692, n. 1.

§ 164.

Come appendice alla questione fin qui trattata aggiungo, che secondo le idee esposte da noi può spiegarsi il passo tanto discusso di Giustiniano nel *§ 2, I. de actionib.*, ove dopo aver detto de' giudizi di R. V. in opposizione colla negatoria nelle servitù « in his is agit, qui non possidet: ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse », soggiunge « Sane uno casu qui possidet, nihilominus

is actoris partes obtinet, sicut ex latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. » A tutti è noto a quanto grande dissenso, a quanto varie interpretazioni, queste ultime parole abbiano dato occasione. Noi non le riferiamo ad istituti di dritto estranei alla R. V.; o con alcuni al giudizio *communi dividundo*, o con altri alla *operis novi nunciatio* (osta il trattato dell'imperatore, esclusivo per le azioni reali), o con altri alla confessoria e negatoria delle servitù (osta l'istesso tenore del paragr., che offre questo inciso laddove si tratta della R. V. in opposizione alle azioni sulle servitù). Nè cerchiamo applicazioni in casi di raro evento che o non sono affatto toccati nel digesto o vi sono appena una o due volte menzionati, come quello della *l. 7, pr.*, *l. 12, ususfr. quem. cav.;* al che osta che nè se ne farebbe alcun calcolo nelle istituzioni, nè Giustiniano si sarebbe riportato ad un più ampio trattato del digesto. Noi riteniamo il detto inciso ne' confini della R. V., alla quale è manifestamente riportato dall'Imperatore. Il caso ben frequentemente trattato ne' digesti è quello stesso di un possessore giusto e di un possessore ingiusto. Il primo ha certamente la R. V.

§ 165.

Le teorie esposte nella questione ultimamente trattata valgono ancora a spiegare la *l. 12, § 1, h. t.* Dice Ulpiano « Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit. » La ragion di dubitare contro la risoluzione d'Ulpiano è, che la vindicatoria è esercitata da chi non possiede, mentre l'*uti possid.* è impetrato da chi possiede; onde sembra contradire al fatto proprio chi dopo aver principiato a vindicare vuol passare all'*uti possid.* Per lo che ben meglio sembra Papiniano nella *l. 18, § 1 de vi* concedere a colui, che principiò ad esercitare la R. V., l'interdetto *unde vi*, che è *recuperandae*. — Ciò, che avean detto alla spicciolata la Glossa *ad h. l.* e *ad cap. 5, de causa possess.*, Merenda *controv. jur.*

XII, *16*, Cujacio *VIII*, *272*, *seg. ed. nap.*, viene raccolto da Savigny *pag. 339*, *seg.* nella seguente spiegazione: Esser la ragione allegata da Ulpiano il non aver rinunciato al possesso colui che intentò la vindicatoria. Tale ragione doversi intendere così, che cioè niuno possa credersi rinunciare al possesso, mentre vindica, dappoichè con ciò stesso mostra anzi il suo desiderio di avere il proprio. Vero egli è, soggiunge Savigny, che la R. V. e l'*uti possidetis* sono incompatibili, ma non quindi deriva la rinuncia del possesso per parte del vindicante, essendo ben possibile che egli ignorasse o il proprio possesso od anche la regola di dritto che quella incompatibilità stabilisce; ammesso in punto di evitar danno l'errore di dritto. — A me sembra che tale spiegazione sia poco soddisfacente. Poichè il vero aspetto della difficoltà non è nella rinuncia al possesso avuto al tempo della esercitata vindicatoria, ma nella implicita confessione di non possedere affatto a quest'epoca; appunto perchè nella vindicatoria possessore è necessariamente il reo convenuto, onde chi con tale azione perseguita un altro riconosce e confessa che il possesso è di questo. L'avversario non oppone al posteriore esercizio dell'*uti possidetis* la rinuncia precedente al possesso, ma la precedente confessione di non possedere. Onde la esposta opinione lungi dallo spiegar veramente Ulpiano, fa sorgere invece una nuova difficoltà nello intendere non la disposizione del giureconsulto ma la opportunità della ragione da esso espressa. Ed infatti le riflessioni, che Savigny e quelli altri che lo precedettero fanno per isciogliere tale difficoltà, sono ben lungi dallo essere sufficienti. Leggera cosa è quella che dicono sull'allegazione della ignoranza. Poichè gli errori e le ignoranze o di fatto o di dritto (ne' casi eccezionali in cui quelle di dritto sono ammesse) non sono giammai accolte se siano improbabili ed affettate, consistenti in ciò che tutti saprebbero. Come dunque sarà credibile che altri ignorasse quella regola di dritto sulla incompatibilità della R. V. coll'*u. p.*, così congiunta col primitivo concetto di questi rimedi? O come sarà creduta l'allegazione d'ignoranza sopra un fatto proprio, sul proprio possesso? Può bensì escogitarsi qualche

raro caso di probabile errore su questo fatto, allorquando possediamo per mezzo altrui. Ma non di questi casi pensava al certo Ulpiano, che dovea rispondere alla proposta questione non secondo i rari ma secondo gli ordinari eventi. Cujacio allega la *l. 13*, *C. de ingen. manum.* « Ingenuum se contendendo, nec probando, non amittit libertinitatem »; ma è da riflettere che ingenui non diventiamo per fatto nostro ma per lo stato de' nostri parenti che ben possiamo ignorare. Allega anche la *l. 37 fam. ercisc.* « Qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem »; ma eredi o coeredi diventiamo pel fatto, non nostro, del testamento o pel fatto, non nostro, delle generazioni e delle agnazioni, e di questi fatti è probabile l'ignoranza. Finalmente è da osservare, che ammessa questa interpretazione della *l. 12*, *§ 1*, appena fosse allegato l'errore nel promuovere l'*u. p.*, subito converrebbe lasciare la R. V. che pur sempre sarebbe con quell'interdetto incompatibile. Ma Ulpiano ciò non dice; anzi proclamando l'indipendenza de' due rimedi, e così marcando il difetto d'influenza dell'uno contro dell'altro, ammette che ambedue possano procedere alla pari.

§ 166.

Secondo me la specie del testo è di un tale che possedeva il fondo *nudo animo*, e di clandestina occupazione fatta da un altro; insomma di due possessori. Ulpiano non esprime questa circostanza, perchè formante i termini abili per comporre da senno la fattispecie, noti perciò e da presupporsi facilmente. Il primo possessore giusto cominciò a sperimentare contro l'altro la R. V.; quindi vuol impetrare l'*u. p.* Non poteva valere la ragione di dubitare presa dalla implicita confessione del primo sulla mancanza del proprio possesso nell'atto di vindicare, appunto perchè il riconoscere il possesso nell'avversario non toglieva in quelle circostanze il possesso suo. La ragione di dubitare poteva sembrare più imponente espressa così: Sono due rimedi, uno in rapporto al proprio giusto possesso ed è l'*u. p.*, l'altro in rapporto all'ingiusto

possesso dell'altro ed è la R. V.: sendochè ambedue rivolgonsi ad un fine medesimo di toglier cioè il possesso all'avversario, direm noi, che, scelta la R. V. e il rapporto analogo, si debba essere contenti di ciò e non tentare l'*u. p.* col suo rapporto diverso? Ed Ulpiano risponde, che la scelta di quell'ispezione del possesso altrui, fatta nello esercitare la vindicatoria, non implica punto la rinuncia all'altra ispezione del possesso proprio « non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit. » Ambedue le vie sono aperte.

§ 167.

Finalmente colle nostre teorie si spiega, come i compilatori della collezione giustinianea abbian ritenuto la tesi del non perduto possesso dall'antico possessore, quantunque al tempo di Giustiniano fosse illecito al medesimo il ricacciar colla forza i possessori clandestini, e fosse tolta l'efficacia a quell'antica eccezione dell'*unde vi* « nisi vi, clam, precario ab adversario » (§ 737). Se l'antico fosse il solo possessore, ciò sarebbe inconciliabile col principio che è lecito tutelare anche colla forza i nostri possessi, perchè quando l'antico possessore ritornasse al fondo e colla forza discacciasse il clandestino, non farebbe aggressione alcuna all'altrui possesso ma solo il proprio difenderebbe. Tenta il Bruns *Besitzklag. pag. 147 seg.* di spiegare asserendo, che il possesso conservato all'antico non è vero possesso, il vero possesso essere dell'occupante, quello esser possesso finto per le sole relazioni verso l'occupante medesimo. Ma vedemmo, che il possesso nell'antico fu assolutamente riconosciuto, e più da vicino contro l'asserzione di Bruns torneremo § 300 n. 1: qui non v'è alcuna speciale finzione. E seppur fosse vera tale asserzione; appena fu nell'antico ammesso il possesso anche per finzione del gius positivo, e negato nell'occupante ne' rapporti con quello, necessariamente avrebbe dovuto riceversi, che quando l'antico torna e per violenza discaccia l'occupante, sempre sarebbe difesa di proprio possesso pur finto; mai si concepirebbe come al tempo di Giustiniano tal facoltà

gli potesse essere negata. — Machelard *pag. 294 seg.* tenta una distinzione, e crede che anche in dritto nuovo possa l'antico usar la forza per discacciar l'occupante, se lo faccia appena conosciuta la occupazione; nol possa, se non lo faccia immediatamente. Sente anche esso come la distinzione sia arbitraria e poco soddisfacente per sciogliere la difficoltà; e finalmente confessa essere inconciliabile lo avere i redattori riconosciuto la durata dell'antico possesso e avere insieme negato al possessore la facoltà d'usar la forza benchè non armata contro l'occupante. — Per noi la difficoltà non esiste. Grande è la cautela con cui vien permesso l'uso della forza. Allor solamente è ammesso, quando sia mera ripulsione di forza altrui, pura e schietta difesa. Ma nel caso non sarebbe solo difesa di possesso proprio, ma anche attacco del possesso dell'occupante. Se fosse solo esistente il possesso dell'antico, allora l'uso della forza per parte sua sarebbe sola difesa, e perciò lecita esser dovrebbe in ogni epoca di legislazione. Ma siccome esiste anche il possesso dell'occupante, quell'uso di forza assumerebbe anche il carattere generalmente illecito di attacco. Poichè secondo i principii generali la forza aggressiva non è permessa. A tempi antichi la sola forza armata rimase proibita, permessa per singolare ed eccezionale disposizione la non armata. All'epoca di Giustiniano si rientrò ne' generali principii. [1]

[1] Colle nostre teorie spiegheremo anche la gravissima ed altrimenti insolubile questione sulla estensione della efficacia dell'interdetto *uti possidetis*, se cioè chi perdette il possesso per violenza clandestinità o precario non solo abbia ad essere assoluto in quell'interdetto, ma possa vincere ottenendo il possesso sull'avversario vizioso possessore. Sarà nuova conferma delle teorie medesime.



CAPO TERZO

Del soggetto del possesso.

§ 168.

Questo capo sarà da noi quasi interamente trattato per remissione ad altri punti di questo nostro lavoro, giacchè in altre occasioni vengono da noi esposte le singole parti del capo medesimo. — Per difetto di estremi necessari in qualsiasi possesso, i furiosi non sono subietti idonei per l'acquisto di esso, benchè lo siano per la ritenzione (§ 239, 282). Per simile ragione sono inidonei gl'infanti (§ 276 segg., dove tratteremo ancora de'rimedi introdotti dal dritto nostro per provvedere ai medesimi). Sono anche incapaci di possesso gli enti giuridici (§ 280, dove pure vedremo de'relativi apprestati rimedi). Incapace è ancora del possesso l'eredità giacente (§ 297): una singolare regola introdotta pel favore delle usucapioni verrà da noi esposta a § 558.

§ 169.

Per ragioni speciali di dritto civile 1° non posseggono civilmente i servi ed i figli di famiglia (§ 109). 2° i *captivi* non posseggono affatto le cose lasciate in patria; può però concepirsi che posseggano naturalmente qualche mobile che rimanga presso di loro durante la cattività (§ 78 e 286 n. 3). Ma regolarmente non hanno usucapione nè interdetti, servi come sono dei nemici *l. 5, § 2 de captiv.* e posseduti da essi (ibid.) Quindi la generale esclusione del possesso ne' *captivi*, *l. 23, § 1, h. t., l. 19, ex quib. caus. major., l. 15, pr. vers. Sed*

verum, de usurp. et usuc., l. 12, § 2, de captiv. [1] 3° l'uomo libero, posseduto da altri in buona o in m. f., mai può posseder civilmente. Posseduto da altri, *est in servitute.* Quindi non può usucapire, perchè non può avere l'animo di dominare che nelle usucapioni è indispensabile (§ 53, 493): nè è in condizione di esercitare gl'interdetti, anzi, atteso il suo stato per cui ad ogni istante può essergli tolto il possesso che forse ei ritenga naturalmente, non ha su di esso quel considerevole interesse che per accordare gl'interdetti è necessario (§ 65). Così è che egli non ha possesso civile, come attestano le *l. 54, § 4, de a. r. d.; l. 1, § 6, h. t.; l. 118, de R. I,* resa precisamente la ragione perchè « ipse possidetur... ab alio possidetur... cum possideatur. » Add. § 257.

[1] A § 78 e 315 stabiliamo in genere che la finzione del postliminio non vale a finger ne' *captivi* un possesso civile durante la cattività; nel d. § 315 vedremo se è luogo all'altra finzione della legge Cornelia. A § 251 seg. vedremo, che possesso non può acquistarsi loro per mezzo de' servi o figli di famiglia; ed ivi anche esporremo se a tali acquisti siano applicabili le due enunciate finzioni del postliminio e della legge Cornelia.



CAPO QUARTO

Dell'oggetto del possesso.

§ 170.

Essendo nel possesso il concetto dell'azione fisica, non possono essere veramente possedute che le cose corporali, *l. 3, pr. h. t.* Come ed in quanto i romani abbian riconosciuto una *juris quasi possessio*, vedremo nel capo nono. — Nè è oggetto di possesso ciò che è del tutto, nella totalità come nelle singole parti, esente dall' umano commercio. Imperocchè o non è affatto una cosa; o è cosa sottratta all' umana attività ad umano fine diretta, e sotto tale riguardo è come non fosse una cosa. Quindi non è oggetto di possesso l'uomo libero *l. 23, § 2, l. 30, § 1, h. t.*. che non è cosa affatto.[1] Nè lo sono le cose *divini juris*, perchè rese come se non fossero cose rapporto alla suddetta attività, la quale è pure nel concetto del possesso (cf. § 45, n. 1). Pensiero, che trovasi espresso da Trajano in una lettera a Plinio *epist. 71 ed. Teubner* « Nam si facta est (aedes) licet conlapsa sit, religio ejus occupavit solum. » — Sembra turbare ciò che talvolta si legge dell'uomo libero posseduto in b. o in m. f. *l. 1, § 6, h. t.*, *§ 4, I. per quas pers. cuiq. acq.*, e *§ 1. I. de usucapion,* dove si parla pure di possesso di cosa sacra o religiosa. A proposito dell'uom libero Savigny *pag. 109 e n. 2*, dice, che si concepisce possesso nel medesimo se sia creduto servo o proprio (possesso di b. f.) o altrui (possesso di m. f.). Altri crede, che non s'intenda possesso, se fu preso mentre agiva da uomo libero ed era per tale riconosciuto; s'intenda, se al-

[1] Giusta osservazione di ARNDTS *I. § 49, fi.*, e di altri scrittori.

lora agiva come servo. Poco soddisfacenti spiegazioni: perchè sempre rimane che non è affatto cosa, e che il possesso è un rapporto fra uomo e cosa. Io credo, che i citati testi debbansi intendere che parlino di possesso impropriamente, per significare il solo estrinseco aspetto, la mera parvenza del possesso. Nel senso medesimo una specie di possesso, ed anche all'effetto d'una maniera di usucapione, viene riconosciuta sulla moglie in Gaj. *I*, *111*; in quanto cioè esiste un'attività di fatto esercitata sulla donna in forma di potestà maritale, uno stato esterno simile al possesso. Possesso in verità non c'è, c'è del possesso l'esteriore figura (add. § 83). – Quanto all'uomo libero, che di esso mai sia alcun possesso, è confermato da altri testi. Nell'interdetto *de liberis exhibendis* il pretore comanda che venga esibito al padre il figlio che « apud te est » *l. 1*, *pr. de lib. exhib.* Perchè vi si dice *apud* e non *penes* come nell'interdetto *de tabulis exhibendis*, *l. 1*, *pr. de tab. exhib.*? Perchè « Penes te amplius est quam apud te. Nam apud te est, quod qualiter a te teneatur: penes te est quod quodammodo possidetur » *l. 63*, *de V. S.* Il testamento o i codicilli possono essere posseduti almeno naturalmente, p. e. da un depositario; nel qual caso il depositario è tenuto da quell'interdetto *de tab. exhib.* come lo è il deponente, appunto perchè « quodammodo possidet » *l. 3*, *§ 2*, *de tab. exh.* (add. § 101). Questi casi sono contenuti nella parola *penes* che abbraccia « quod quodammodo possidetur. »[1] Ma il figlio di famiglia, uomo libero, non è posseduto affatto, in lui si verifica solo una mera detenzione, un estrinseco stato di possesso: quindi convenne nel relativo interdetto astenersi dalla parola *penes*, e adoperar l'altra *apud* che contiene « quod qualiter a te teneatur. » — Che per mezzo di uomo libero, posseduto in b. f. da noi, possiamo acquistare *ex re nostra* o *ex operis ejus*, nulla monta nella nostra questione, essendo ciò conceduto principalmente alla buona fede, e non al possesso in se, come la prossima *fructuum perceptio* sulla cosa non nostra (§ 353 segg.).

---

[1] Altra prova che il possesso naturale è un vero possesso.

§ 171.

Le cose *naturali jure omnium communes* (*aer*, *aqua profluens*, *mare*, *et per hoc litora maris)*, sono fuori del possesso, come sono esenti dall' umano commercio. Non già per quella assoluta ragione, che sian cose sottratte alla umana attività diretta a fine umano (che qui non sarebbe vera); ma solo perchè tali sono di loro natura da bastare a tutti gli uomini quanti sono e possono essere, e per questo non vi s'intende commercio, come neppure affatto quella esclusività che sta nel concetto del possesso. La ragione stessa dimostra, che di queste cose io parlo nella loro totalità. Bene osservano Arndts *§ 49* e Randa *p. 266*, che può ben avvenire che alcuna parte divenga oggetto di commercio, e sia sottoposta alla fisica dominazione d'una sola persona. Infatti può un individuo costruire sul lido del mare non solo una capanna peschereccia ma un edifizio, ovvero edificare su piloni gettati in mare; e lo fa lecitamente quando ciò non pregiudichi al comune uso degli altri. Il punto, su cui basa l' edifizio, diviene anche di sua proprietà finchè resti così occupato dall'edifizio stesso, *l. 5*, *§ 1*, *l. 6*, *pr.*, *l. 10*, *de divis. rer.*, *l. 14*, *pr. l. 30, § 4*, *de a. r. d.*, *l. 2*, *§ 8 ne quid in loc. publ.* Al medesimo competono gl'interdetti che difendono il possesso, i quali non competerebbero, come non sarebbe possesso, se si trattasse di quell'esercizio o godimento che spetta *ad publicam causam*, *l. 14*, *de injur.* [1]

---

[1] Bene soggiunge ARNDTS, che questa parzial rivocazione al commercio dura finchè la parte riman separata, cioè finchè la separazióne dura. Poichè se l'edifizio cada, si estingue del tutto quel dominio, e torna il sito ad essere *omnium communis*, *d. l. 6*, *pr. de divis. rer.*, *d. l. 14*, *§ 1*, *de a. r. d.* In modo che seppure il costruttore avesse posseduto prima per lungo tempo, ed ora, dopo diruto l'edificio, venga altri e fabbrichi nello stesso posto, ed il primo per avventura si rimetta al possesso; il secondo può utilmente esercitare la *in rem actio* contro di lui. Nè il primo può eccepire colla *l. t. praescriptio;* come non potrebbe valersene se avesse derelitto per lo innanzi il suo edificio, *l. 45*, *pr. de usurp. et usuc.* (ivi va letto colla volgata « quod ita procedit, si quis aedificio funditus diruto, quod in litore

§ 172.

Sono anche in certo senso, ed in certi rapporti, esenti dal commercio, e non idoneo obietto di possesso, quelle cose che si trovano in proprietà dello Stato. Spieghiamo. Cose pubbliche in senso stretto si dicono quelle, che son lasciate all'uso diretto del popolo; quali sono i porti, le strade pubbliche, i maggiori corsi d'acqua, ecc. *(in usu publico habentur; publico usui destinata; usibus populi perpetuo exposita, in perpetuum relicta, l. 6, pr. de contrah. emt., l. 83, § 5, de V. O., l. 137, § 6. eod., l. 2, § 5, ne quid in loco publ., § 2, I. de inutil. stipul.).*[1] Queste cose sono esenti dal commercio finchè restano tali[2] *d. l. 6, pr. de div. rer., d. § 2, I. de inut. stipul.* Questo però

posuerat, aut dereliquerat, aedificio alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat »; nè è improbabile, che invece di « datam » abbia a leggersi « dictam » con Cujacio *IV, 1274, D. ed. nap.*. Sull'ultimo inciso di questo frammento vedi § 564 n. 4. — Ricorderò infine quanto ai lidi del mare, che essi sogliono formare parte dell'impero de' relativi Stati, e perciò la legislazione de' singoli Stati suol regolare il modo del loro uso, cf. *l. 3, pr. ne quid in loc. publ.*; onde il bisogno di autorizzazione per le costruzioni sul lido, di cui è fatta parola nella *l. 50. de a r. d.* e *l. 3, § 1, ne quid in loc. publ.*

[1] V'è chi nega, che di queste cose abbia vera proprietà lo Stato, ed afferma che solo abbia un dritto di eminenza (« Hoheitsrecht »). Nella famosa questione sulle fortificazioni di Basilea tennero tal sentenza KELLER e JHERING. Ma contro essi DERNBURG, e poi NENNER, WINDSCHEID e RANDA. Solo de' fiumi WINDSCHEID *I, § 146, n. 11,* e RANDA *pag. 271 n. 6, c.* sostengono, che per dritto romano siano sottoposti non a proprietà ma a dritto eminente dello Stato; valendosi per argomento, che le isole nate nel fiume e il letto abbandonato non appartengono allo Stato ma ai frontisti. (Ved. anche PUCHTA *§ 195,* e BÖRNER *Arch. XXXVIII, pag. 180*).

[2] Può talvolta la loro destinazione cangiare, e volgersi in cose meramente private; p. e. può chiudersi per pubblica autorità una piazza e vendersi ad un proprietario vicino come area, *cf. l. 83, § 5, de V. O., l. 137. § 6, eod., § 2 I. de inut. stip.* Nè osta quella espressione de' testi « perpetuo exposita, in perpetuum relicta », che è da riferirsi alla loro destinazione primiera, cioè all'idea con cui furono istituite, ma non toglie che *ex post facto* cangino carattere. Così del matrimonio si dice che « individuam vitae consuetudinem continet »; lo che non toglie che per divorzio si separi tal convivenza.

deve prendersi, come bene riflettono diversi scrittori, [3] in quanto che il commercio loro sarebbe inconciliabile coll' uso comune. Onde credo potersi stabilire, che sotto qualche rapporto o in qualche parte possono essere oggetto di commerciò, perchè si può così lasciar salvo il principale uso che il popolo ha di tali cose. Infatti di concessioni date dalle competenti autorità, improntate da questo carattere, abbiamo esempi molti. Ne abbiamo di concessioni di costruzioni sul suolo pubblico in correspettività d'un *solarium*, [4] di esclusive pescagioni, [5] di prese d'acqua [6] su fiumi e laghi pubblici, e di altre servitù. [7] — Le cose, delle quali parliamo, non possono essere da privati possedute come tali nella loro totalità; perchè in esse come tali e nella loro totalità non si concepisce esclusività quanta è dal concetto del possesso desiderata. Poichè se può

---

[3] Così Windscheid *§ 146, circa fi.*, e Randa *pag. 268.*

[4] *L. 2, § 17, ne quid in loc. publ.* Da documenti scoperti in Roma nel 1777 sappiamo, che il liberto Adrasto sopraintendente della colonna Antonina avanzò nel 193 istanza a Severo per potersi costruire una casa presso alla detta colonna, ed ottenne questo permesso « praestaturus solarium sicut ceteri » Bruns *Font. jur. rom. ant. pag. 143.*

[5] *L. 1, § 7, ut in flum. publ. navig.*; Polib. *6, 17.* « Πολλῶν γὰρ ἔργων ὄντων των ἐκδιδομένων (affittati) ὑπὸ τῶν τιμετῶν διὰ πάσης Ἰταλίας — πολλῶν δὲ ποταμῶν, λιμενῶν (porti) etc.; » Serv. *ad Virgil. Ge. 2, 161.* « In Bajano sinu Campaniae contra Puteolanam civitatem lacus sunt duo, Avernus et Lucrinus, qui olim propter copiam piscium vectigalia magna praestabant. » Cf. anche sul lago Lucrino Festo *epit p. 121.* A tali concessioni credo che riguardi anche la *l. 13, § 7, vers. Conductori, de injur.*

[6] *L. 17, de S. P. R., l. 2, de fluminib. l. 3, § 2, de aq. quotid.* Degno di memoria un passo di Frontino *de aquis pag. 94 seg.* » Quaedam apud veteres aliter observata inveni. Apud quos omnis aqua in usus publicos erogabatur, et cautum fuit: ne quis privatus aliam aquam ducat, quam quae ex lacu humum accidit. — Et haec ipsa non in alium usum quam in balnearum aut fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur. Aliquid et in domos principum civitatis dabatur. Ex quo manifestum est, quanto potior cura majoribus communium utilitatum quam privatarum voluptatium fuerit, cum etiam ea aqua, quam privati ducebant, ad usum publicum pertineret. »

[7] *L. 14, § 2, de serv.*

ritrovarsi la esclusione degli stranieri allo Stato nell'uso di codeste cose; pure resta sempre, che chi de' cittadini gode, non gode come individuo ma come cittadino e perciò insieme a tutti gli altri cittadini; *l. 2, § 2, ne quid in loc. publ.* « Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque. » E tale anche in queste stesse cose si offre pe' cittadini tutti la copia di uso analogo alla loro destinazione, che allontana del tutto ogni idea ragionevole di esclusività.[8] Si può ben concepire che alcuno non come tali le possegga naturalmente; p. e. godendo solo di una piazza che si trovi illegalmente chiusa nel recinto d'una sua proprietà. Ma non sarà dato a tale possesso alcun effetto d'usucapione o di prescrizione, nè d'interdetti spettanti *ad rem familiarem*, appunto perchè cose essendo esenti dal commercio nè possono essere a privato dominio sottoposte, nè all'uso esclusivo de' privati serbate o revocate, *l. 9, de usurp. et usuc.* Alla negata prescrizione delle cose pubbliche *populi romani*, di cui trattiamo, e non a negata prescrizione de' beni d'altre città (cf. § 565), credo che spetti la controversa *l. 9. C. de aquaeductu* ove Zenone rescrive « Diligenter investigari decernimus, qui publici ab initio fontes — ad privatorum usum conversi sunt — ad jus suum *regiae civitati* restituatur, et quod publicum fuit aliquando, minime sit privatum, sed ad communes usus recurrat; — nec longi temporis praescriptione ad circumscribenda civitatis jura profutura. » Poichè all'età di Zenone già per costituzione di Onorio e Teodosio il dritto dell'antica Roma era stato concesso a Costantinopoli (la « regia civitas »), *l. 1, C. de privileg. urb. Costantinop.*; onde le fontane di questa città erano tenute per pubbliche nel senso stretto di cui ora parliamo, quanto i siti pubblici di Roma, come il Campo Marzio ecc.[9] — Ma sotto

---

[8] Che se troviamo dati a private persone degl'interdetti in proposito, non sono interdetti diretti a regolare il possesso (§ 593).

[9] Roma venne riguardata come centro dello Stato, e città sovrana. Per questo il suo senato ed i suoi magistrati erano tali in tutto lo Stato; mentre

certi rapporti o in certe parti di tali cose il possesso può essere anche civile, come possono essere pure in commercio secondo le cose dette di sopra. Onde troviamo dato in vista di simili possessi l'interdetto *de loco publico fruendo*, che, quantunque per speciali costituzioni del dritto positivo *rei persequutionem contineat*, è pur sempre un interdetto *retinendae possessionis* (§ 704; cf. § 602, segg.). E quando tratteremo delle usucapioni, vedremo, che se non è ammessa usucapione, è però ammessa la prescrizione (§ 565).

§ 173.

In senso largo alle cose pubbliche si riferisce anche la *pecunia populi*; consistente nelle cose, che sono sottoposte all'uso diretto dei cittadini, e si distinguono da quelle che sono ne' patrimoni ordinari solo in quanto che non si trovano in proprietà d'un privato ma bensì dello Stato, *l. 6, pr. de contrah. emt.*. Pertanto nè nella loro natura nè nelle disposizioni positive delle leggi v'è motivo, per cui siano esenti dal commercio, cf. *d. l. 6, pr. de contrah. emt.*, o non possano essere obietto del possesso de' singoli. E rapporto a possessi di tal natura è dato l'interdetto *de aqua ex castello ducenda*;[1] che, quantunque pur esso per speciali sanzioni del gius positivo *rei persequutionem contineat*, pure entra nella categoria degl' interdetti denominati *retinendae possessionis* (§ 748 n. 2, e 769). Anche in queste cose vedremo nel trattato sulle usucapioni, che, se non usucapione fu ammessa, lo fu però la prescrizione (§ 565). Ivi pure parleremo della usucapione de' *bona civitatum*, se sia o no ricevuta in dritto romano.

---

per la ragione stessa i fasci erano portati senza scure avanti al console, DIONYS. *V, 19*, ed ai proconsoli, entrati che fossero nella metropoli, cessava l'impero, *l. 16, de offic. procons.*

[1] Giudiziosamente RANDA *p. 544*, i pubblici serbatoj d'acqua riferisce alle cose pubbliche in largo senso, ossia alla *pecunia populi*; mentre egli riguarda il godimento delle pubbliche fonti come derivazione dell'uso a ciascuno spettante sulle cose pubbliche in senso stretto « quae in usu publico habentur » *ib. n. 22, fi.*

§. 174.

Non basta che l'oggetto del possesso sia in genere idoneo a tale ufficio, conviene ancora che sia certo onde la volontà possa su esso dirigere la corporale attività. Vien preso un fondo da un tale che lo consegna con queste espresse parole « quicquid mei juris in eo fundo est »: ovvero sono più persone in un fondo, le quali ignorano quanta parte vi abbia ciascuno: ovvero alcuno compra un fondo, del quale sa che una parte è altrui nè voglia questa parte possedere, ignora però che parte e quale sia cotesta. In questi casi non può esister possesso, *l. 3 § 2, l. 26, h. t. l., 32, § 2, de usurp. et usuc.* Certo se, non ostante la dubbiezza, altri voglia ed intenda posseder l'intero, non il possesso sarebbe impedito ma sibbene la usucapione per la mancanza di b. f. che esige la certezza di non far torto al padrone (§ 496). Pertanto se altri compri e voglia possedere il fondo intero sapendo che v'è una parte altrui, ignorando però quale sia precisamente questa parte, nulla usucapirà *l. 4, pr. pro emt.* Simil caso sarebbe se alcuno comperasse dieci servi, conoscendo che taluni sono alieni ma non sapendo quali; egli volle tutti comperarli, tutti possederli; tutti li possederà, ma non ne usucapirà alcuno, *l. 6, § 1, pro emt.* Qui si noti la differenza che corre fra la parte incerta di cui qui trattiamo, e la parte certa indivisa, di cui parleremo § 183. Quanto a questa ciascuno de' possessori frena la sua attività, limita l'attività altrui: onde possesso in tutti si concepisce. Quanto a quella non si sa come frenare l'attività propria nè come limitare l'altrui. si turba quella esclusività che è al possesso necessaria, perchè la esclusività richiede certe barriere, dentro le quali solo il possessore, fuori delle quali non esso agisca. Dalla ragione così esposta s'intende cosa debba pensarsi dell'ultimo inciso della *d. l. 32, § 2, h. t.* Pompon. « Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent quantam quisque partem possideat: neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit. » Alcuni scrittori credono che colle parole « mera subtilitate » Pomponio intenda ri

prendere la sentenza di Labeone: così fra gli antichi Martino, fra i recenti Savigny *pag. 210, n. 4*, Puchta *Vorlesung. I, Beilage XII*, Windscheid *§ 152, n. 12*, variamente spiegando la riprensione e la sua ragione. Opinione, secondo me, non accettabile. Poichè in primo luogo vedemmo che la detta sentenza non è vana sottigliezza ma ha ottima ragione. La quale vale ancora se si tratti di esercitar gl' interdetti non fra quegli stessi che « sunt in fundo », ma contro terzi; quantunque diverso sia l' avviso di Windscheid, che a questo punto assegna la riprensione di Pomponio a Labeone. Mentre è sempre vero, che non intendendosi alcuno possessore di parte incerta, neppur può intendersi che venga deietto o turbato da chicchesia. Inoltre la indeterminazione delle parti recherebbe inestricabili difficoltà e nel processo e nelle condanne dell' *actio ex interdicto*. Finalmente ostano alla surriferita opinione le regole grammaticali, come nota a ragione Böcking *Pand. to. I, § 124, no. 11.* Perchè quelle parole « mera subtilitate » non avrebbero dovuto esser poste entro la sentenza stessa « neminem eorum possidere »; ma fuori di essa per riferirle alle altre parole « Labeo scribit »: così « mera subtilitate, neminem eorum possidere, Labeo scribit » o così « neminem eorum possidere, mera subtilitate Labeo scribit. » Altri scrittori credono, che Pomponio non condanni Labeone, ma o che esso Pomponio osservi l' acume della sentenza del vecchio capo scuola, [1] o che quelle due parole significhino: In senso di dritto, giuridicamente. [2] Mentre anch' io opino che non vi sia nel testo condanna alcuna fatta contro Labeone, pur non accetterei coteste spiegazioni. Oltrechè non sarebbe cosa di singolare acutezza, nè emanante da ragioni di dritto civile ma dal naturale concetto del possesso; nell' uso de' latini la « mera subtilitas » significa: Vuota sottigliezza, arguzia; parole di chi riprova. Secondo me la riprovazione, che in quelle parole è contenuta, non vien fatta da Pomponio a sentenza di Labeone, ma dallo

---

[1] Così Randa *pag. 376, no. 17*, e Meischeider *pag. 217.*

[2] Così Rudorff *Zu Puchta 's Vorles. I. Beil. XII. no. 1.*

stesso Labeone alla sentenza contraria alla sua. Dice Böcking *loc. cit.:* Labeone scrive, che niuno possegga « mera subtilitate » cioè con un' astratta rappresentazione dell' obietto senza aver coscienza de' confini del medesimo. Accetto questa interpretazione in base, e spiego nel modo seguente. Tutti sono d' accordo sulla tesi che nella fattispecie niuno possegga. Con le controverse parole s' indica una ragione di dubitare; che cioè si potrebbe tentare l' osservazione seguente: La determinazione dell' oggetto essere, se non nella mente del possessore, nella cosa stessa, mentre è in se stessa determinata la parte che è veramente di ciascuno. Or questa sarebbe una vana astrazione, una sottigliezza mera, che non rimedierebbe ai suesposti ostacoli i quali avversano il possesso. E Labeone scrive, che niuno per mera sottigliezza (adoperata cioè quella sottile riprovevole ispezione) possiede, niuno di loro ha un possesso che baserebbe su mera sottigliezza.

§ 175.

Nell' occasione di aver parlato delle parti incerte di una cosa, che non possano essere possedute, ci si presentano le belle questioni sulle parti certe; questioni che spettano pure a questo capo sull' oggetto del possesso (ved. § 159, n. 1, fi.) — Prima questione: Può essere, che due o più persone posseggano diverse parti d' un corpo intero così, che ciascuno sia di una parte assoluto e solo possessore? Trattiamo in primo luogo tal questione sotto il punto di vista del possesso *pro diviso.* La questione è evidentemente diversa da quella discussa nella seconda parte del capo 2° ove si trattava di più possessori simultanei sopra un oggetto identico, mentre qui trattasi di più possessori in più oggetti, appunto perchè in parti distinte. È pregio dell' opera lo esporre qui una recente teoria largamente spiegata da Randa *pag. 378 segg.* Si dice: O si tratta di cose semplici, le parti delle quali perdono (così parlano i fautori di questa teoria) la loro fisica individuale esistenza, e divise conservano la stessa natura dell'intiero (una pianta, una bestia, un masso di marmo ecc.): [illegible]

si tratta di cose composte, delle quali le parti non perdono quella fisica individuale esistenza ma solo ne cessa lo esistere separatamente, [1] e separate divengono cose per se esistenti di specie diversa da quella a cui il tutto appartiene (un carro, un anello con pietra ecc.). Quanto alle prime dicono che vien da per se per la natura della cosa, [2] che un solo possesso può esistere, non due *pro diviso* in due diverse persone: e qui credono che forse si abbia a riferire la *l. 8, in fi. de R. V.* « Quae distinctio neque *in re mobili*, neque in hered. petitione locum habet; *numquam enim pro diviso possideri potest.* » Quanto alle seconde suddistinguono: O le parti perdono pienamente coll' unione la loro isolata esistenza per un congiungimento saldamente [3] operato: o non la perdono interamente per una unione non così salda ma posticcia. [4] In quelle negano possesso possibile di due persone sulle parti, per fisiche ragioni; un solo possesso riconoscono concepibile, quello di chi possiede l'intero, perchè egli solo ha il fisico potere sulle parti. In queste credono nulla opporsi [5] al distinto possesso delle parti.

§ 176.

Noi vedremo in occasione della questione affine, che tratteremo immediatamente dopo la presente, come sul nostro trattato sia stata esposta dai romani giureconsulti la divisione dei corpi; esposizione che non combina con quella della riferita opinione. Intanto facciamo le seguenti riflessioni: Sembrano due diverse ragioni essere adoperate dagli autori, dei quali ci occupiamo, all'effetto di escludere possessi di due persone *pro diviso* sulle parti. Prima, la mancanza di esistenza; non potendosi concepire possesso senza oggetto: e ciò sembra significare quel loro negare « per la natura della cosa »,

---

[1] « Aufhört das abgesondertes Dasein. »
[2] « Es ergibt sich aus der Natur der Sache. »
[3] « Auf feste Weise. »
[4] « Keine feste, sonders bloss lose Verbindung. »
[5] « Es steht Nichts entgegen. »

che sia possesso su parti le quali nella unione perdono, com'essi si esprimono, la esistenza individuale, parti di una bestia, di una pianta, d'un masso di marmo. Seconda, lo avere su tutte le parti fisico potere il solo possessore dell'intero: per cui negano possibile possesso distinto sulle parti nel caso che l'unione, salva pur la fisica esistenza, assolutamente tolga per la sua saldezza alle parti medesime la esistenza isolata; e lo ammettono possibile nell'altro caso di unione semplicemente posticcia. — La prima osservazione, che cioè non sia possesso senza obietto, senza cosa che abbia fisica esistenza, è vera, ma viene, mi sembra, male applicata. Diamo pure un corpo qual'è negli esempi di questi autori; una pianta, una bestia, un masso di marmo. Se alle parti neghiamo affatto una propria esistenza, e perciò idoneità a formar oggetto di possesso, verrà l'assurdo, che dunque chi possedendo ha usucapito una pianta, una bestia ecc., se avvenga che la pianta sia poscia tagliata a pezzi, il bue ucciso e divise siano le carni, le corna, la pelle, o venga la pietra frantumata; egli non potrà dire d'esser divenuto per usucapione padrone di que' pezzi di legno, di quelle carni ecc., perchè non avrebbe mai queste cose posseduto come oggetti per se esistenti. Raziocinio sicuro, che ha anche un appoggio manifesto nelle notissime *l. 23 § 7. ff. de R. V., l. 7, § 11, de a. r. d., l. 23, § 2, de usurp. et usuc.* Anzi siccome se oggetto è necessario al possesso, lo è del pari al dominio; converrà dire l'assurdo generale, che tagliata a pezzi la pianta che è mia per qualsivoglia giusta causa, io non sarò punto padrone dei pezzi medesimi, o comincerà allora un nuovo dominio, salvo a poter trovarmi un titolo per l'acquisto di esso.[1] — Sappiamo, che l'unità delle cose è formata negli usi degli uomini dai limiti e contorni, che separano le une dalle altre, e così distinguono e costituiscono la loro propria esistenza. Sappiamo, che da ciò viene per con-

[1] Come il dominio sulle parti, prese come oggetti per se stanti, sia conciliabile e possa associarsi col dominio sull'intero, lo dimostreremo largamente, trattando della questione alla quale accennammo in principio del presente paragrafo.

seguenza: Dunque il possesso, che si aveva su d'una cosa separata, non potrà più concepirsi quando venga unita ad un corpo così, che perda i suoi antichi contorni, la sua antica unità; poichè, perduto praticamente l'antico oggetto, è perduto l'antico possesso. Questo avviene p. e. nell'*adferruminatio*. Fatta così l'unione, l'antica unità è in pratica irremissibilmente perduta. Ritaglisi quanto si vuole il braccio unito alla statua; non si riotterrà giammai l'antico preciso oggetto; quel che era stato unito lascerà sempre qualche cosa del suo nella statua, e qualche cosa della statua sarà portato via nella recisione. Onde avviene, che anche in materia di dominio, l'antico dominio è irremissibilmente e perpetuamente perduto *l. 23, § 5, de R. V.* Ma non per ciò si ha da affermare, che nei corpi organicamente o chimicamente fatti in modo, che le lor parti non abbiano contorni materialmente separati, non possa in queste parti concepirsi una fisica propria esistenza. Imperocchè i contorni e limiti, necessarii per distinguere i corpi, non è d'uopo che siano visibili e materialmente separati: basta che esistano e si concepiscano. Ciò basta per dirli oggetti non già del dominio o del possesso antico per la suddetta pratica ragione (se realmente ebbero una esistenza anteriore all'unione), ma bensì e d'un dominio e d'un possesso presente diverso da quello. In questo modo è possesso, è dominio diviso di due padroni, di due possessori di case attigue, benchè i muri si trovino continuati in maniera da non lasciare i limiti visibilmente staccati: giacchè la linea di confine fa una concepibile e vera separazione della parte del muro, che spetta ad una casa, da quella, che spetta all'altra. Nell' istesso modo è dominio *pro diviso* dell'albero e della pietra sul confine, finchè tali oggetti stanno in quel posto, e secondo alcuni giureconsulti nato una volta persevera anche dopo che dal confine sian tolti, *l. 83, pro socio* add. *l. 19, pr. de comm. div.:* perchè c'è la linea esteriore del confine, secondo la quale è, e si concepisce una linea di separazione delle due parti nell'albero e nella pietra, benchè essa linea non cada sotto i sensi. Per la stessa ragione se possedetti ed usucapii, o fui altrimenti padrone d'un cavallo o d'un bue; separata quindi la

pelle o i corni o la carne, ciò che è separato è mio, nè è d'uopo di altra usucapione o d'invocare nuovo dominio. Perchè, quantunque non sensibile, ci fu però l'individuale esistenza delle singole membra e parti dell'animale anche durante la loro unione; linee anatomiche le separavano, onde la testa non era collo, nè la pelle carne ecc. E così ancora staccato il braccio unito per *adferruminatio* alla statua, il dominio persevera in chi ne fu padrone durante l'unione, *d. l.* 23, § 5, *de R. V.*: perchè, quantunque non palpabile, era però marcata in concetto e in verità la distinzione del braccio dalla spalla e dal resto della statua, onde braccio non era spalla nè la spalla braccio.

§ 177.

Quanto alla seconda delle osservazioni, contenute nella opinione che confutiamo, è vero, che, avendo alcuno l'assoluto possesso dell'intero, niun altro può aver possesso delle parti, perchè all'assoluto possesso suol corrispondere assoluta esclusività, colla quale non è comportabile in alcuna misura un possesso altrui. Ma neppure questa verità è ben adoperata dai fautori di quella opinione. Infelice è la suddistinzione che fanno fra cose unite saldamente e a posticcio, benchè tutte le chiamino *res compositae, connexae.*[1] Idea mi sembra poco profonda, quantunque in Savigny la ritroveremo nella prossima questione sul possesso delle parti nel possessore dell'intero; e che la sua superficialità e poco splendore tradisce nella incerta varietà con cui quegli scrittori danno gli esempi d'ambedue le classi così suddistinte.[2] Se son cose unite ad un

---

[1] Non si comprende perchè quelle cose, nelle quali non vedono fisica propria esistenza delle parti, siano da questi autori distintamente chiamate *res unitae*, quasi che non siano unite anche queste altre. Pomponio *l.* 30. *pr. de usurp. et usuc.* dalle *connexae* distingue le *unicae*, nome e cosa assai differenti. La distinzione di Pomponio verrà da noi esposta in seguito, siccome già promettemmo.

[2] Randa, *pag. 380*, della prima classe dà esempi nel trave unito alla casa, nelle tegole unite al tetto, nella tavola od albero aggiunto alla nave;

principale, se sono cose *connexae*, tutte perdono la indipendenza. Che importa se unite furono con calce o chiodi, o adattate in qualsiasi altro modo? Sempre sono parti del corpo principale; onde tanto della ruota unita al carro quanto delle tavole unite alla nave (cf. no. l.) il dominio antico soffre per la unione a causa della prevalenza del principale. E come il possessore assoluto della nave è unico che eserciti fisico potere sulla tavola; così, e non meno, il possessore assoluto del battello a vapore è unico che fisico potere eserciti sulla macchina, ed il possessore assoluto del carro è solo ad esercitare potere fisico sulla ruota. Nella perduta indipendenza sono le cose unite perfettamente pari; non ammettono per questo capo diversità alcuna di decisione. Infatti Pomponio *l. 30 pr. de usurp. et usucap.* nel descrivere le varie maniere d'unione, quanto alle cose *connexae* non distingue indipendenza più o meno perduta, tutte su tal punto le mette alla pari, tutte le dice coerenti. La salvata indipendenza comincia solo a notare in una classe nuova, nelle risultanti *ex distantibus*, come è il popolo, la legione.

§ 178.

Ora esporrò le mie vedute nella presente questione. Dalle cose dette apparisce, che non è la perdita della antica individualità, e perciò molto meno la perdita della sola antica indipendenza, quella che direttamente e immediatamente renda impossibile un presente possesso distinto su ciò che venne unito. Onde per questo capo non c'è ragione d'escludere più possessori *pro diviso* sulle parti d'un tutto. C'è bensì ragione per doverli escludere, ma questa vale quando si tratti di cose, nelle quali chi ha un assoluto possesso ha da essere necessariamente assoluto possessore dell' intero, ha da esercitar solo il potere su tutte le parti. Esaminiamo. Anzi tutto

---

della seconda nella macchina a vapore ecc. unita ad un piroscafo, della ruota unita al carro. UNGER invece *I, pag. 421, seg. n. 11*, l'unito albero alla nave annovera nella prima, nella seconda la ruota unita al carro.

è da stabilire, che chi d'un corpo qualunque tocchi ed operi su d'una parte, opera in verità fisicamente sul corpo intero, così importando la coesione delle molecole ond'esso corpo è composto. Di chi tiene una colomba per l'ala non si dice che altro non tenga che l'ala, ma che tiene per l'ala la colomba.[1] Tale fisico operare sull'intero corpo, che nelle mobili cose si manifesta anche nell'esteriore movimento comunicato all'intero pel toccar d'una parte, è nelle cose mobili stesse non solo per legge fisica necessario, ma direttamente voluto dall'operante. Imperocchè è certamente nella ordinaria natura e destinazione delle mobili cose, che esser non possano ad alcuno scopo adoperate se non nella loro integrità. Non la statua, non il carro, nè l'anello, nè la nave, nè il cavallo, prestano il loro uso, se tali oggetti non vengano posti in opera nella loro totalità. Onde chi volendo adoperarli tocchi una parte, non solo fisicamente, ma pur anco per suo diretto volere adopera insieme le altre parti tutte; vi sono i due elementi del possesso, azione fisica e azione dell'animo, e perciò v'è il possesso stesso in tutte le parti. Quindi consegue la impossibilità della coesistenza di due o più assoluti possessori su diverse parti di tali corpi, siccome fu posta la nostra questione (§ 175). Perchè non appena una persona ha in essi un qualche assoluto possesso, ha il medesimo in tutte le parti; e così se dovesse astenersi da una parte per riservarla all'assoluto possesso d'un'altra persona, cesserebbe con questo stesso d'avere affatto quel possedimento. Insomma assoluti possessi limitati in parti diverse non s'intendono; come neppure possono ammettersi due possessi assoluti simultanei su ciascuna parte, ostando la regola che due in solido posseder non possono lo stesso oggetto.[2] Così hanno la loro giusta intelligenza le pa-

---

[1] Cf. *l. 21, pr. de furtis* « nam et qui aurem alicujus tetigit, inquit Trebatius, totum eum videri tetigisse. »

[2] Quel che abbiamo provato, non potersi cioè ravvisare due usi o due possessi staccati e del tutto esclusivi in due persone su parti diverse di cose mobili non trova ostacolo in ciò che si legge nella *l. 5, § 15, commod.* sul veicolo dato a comodato o in affitto a due, a me e ad un altro « in

role di Paolo *l. 8, de R. V. in fine*, che della cosa mobile dice « numquam enim pro diviso possideri potest »; larga intelligenza e non ristretta come lo è presso i fautori della opinione sopra esaminata; siccome conviene alla larghezza della stessa espressione del giureconsulto. E la data spiegazione rende chiaro, perchè quanto al dominio si riconosce invece la possibilità, che si ritrovi in certe parti di cosa mobile presso più persone, *l. 83, pro socio* (§ 176). Imperocchè il dominio si concepisce su qualunque oggetto determinato, e, come sopra esponemmo, le parti di qualunque cosa possono riguardarsi come oggetti determinati: pel dominio non è necessario, come lo è pel possesso, il pensiero di quell'azione fisica, di quell'ope-

---

vehiculo commodato vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. » Giacchè ivi si tratta di possessi parziali, non in quantochè abbiano per obietto parti del veicolo, ma in quantochè le attività, che i due comodatari o conduttori esercitano su esso intero, sono attività in loro stesse parziali e divise, facendo ciascuno sull'intero veicolo certe limitate operazioni: concetto che distintamente esponemmo già al § 159 no. 1. — In questo testo è anche da notare la differenza che Ulpiano segnala fra l'uso del veicolo comodato o locato a due, e l'uso che si ha da più sopra un bagno, un portico ecc. Quanto al primo, esso nelle parole surriferite dice che l'uso è parziale, non solidale, perchè ciascuno non tenendo immediatamente tutte le parti del veicolo, ossia non potendo mettersi in immediato contatto con tutti i seggi di esso, perchè ne deve lasciare all'altro, ha perciò stesso un godimento men comodo e men pieno del veicolo intero. Quanto ai secondi, il non poter toccare immediatamente tutte le parti non porta al certo questa minor comodità e pienezza di godimento, onde di essi il giureconsulto dice « Usum autem balnei, vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod et alius uteretur. » Il possesso poi quanto al veicolo è, come dissi, in ambedue parziale come l'uso, in vista della parziale attività di ciascuno come sopra spiegai. Quanto al bagno ecc., o si tratta di bagno o portico o campo pubblico, ed allora il possesso è di nessuno; perchè in cose pubbliche esclusività non si concepisce, pur necessaria al concetto del possesso (§ 172): o si tratta di bagno ecc. privato, concesso in affitto o comodato a due, e il possesso torna parziale in vista delle attività di lor natura parziali come nel veicolo. E qui troverebbe luogo quella differenza fra uso (solidale) e possesso (parziale), che è dovuto al non trovarsi nel concetto dell'uso la esclusività (§ 34).

rare, che nelle cose mobili tiene necessariamente raccolte insieme le parti tutte onde sono composte, siccome abbiamo esposto.

§ 179.

Ma quando si tratti d'immobili, può talvolta intendersi ottimamente, che due assolutamente esercitino il loro potere fisico esclusivo sopra le parti. Adunque allora esiste il relativo doppio possesso. La cosa non ammette dubbio quanto ai terreni; de' quali possono essere possedute, possono essere usucapite le parti da più persone, mentre la loro unità è cosa meramente convenzionale ed arbitraria, ed in verità *pars fundi fundus est.* Appena due esercitano la loro attività segregata sulle parti con volontà analogamente limitata, è tolta la continenza delle medesime, e sono tanto due possessori quanto lo sarebbero in due fondi che fossero meglio distinti. Compossesso non è veramente, e solo può dirsi in vista della esteriore unione in cui i diversi oggetti del loro possesso si trovano di fatto. « Locus certus ex fundo et possideri, et per longam possessionem capi potest » *l. 26, h. t.*

§ 180.

S'intendono ancora due possessi assoluti in due piani di una casa, od uno nella superficie l'altro nel suolo; appunto perchè si può benissimo esercitare solo il potere fisico, godere ecc. quanto ad un piano, lasciando affatto l'altro nel potere e nel godimento altrui, si può benissimo agire da solo e godere rispetto alla superficie lasciando che altri agisca e goda solo quanto al suolo ed ai suoi sotteranei. Nè osta la continenza delle parti, per la quale avviene che coll'istesso tenere una parte si tenga il tutto (§ 178); onde sembrerebbe impossibile, che due posseggano assolutamente due diverse parti, ciascuno la sua, come anche che ambedue posseggano tutte e due le parti senza offender la regola che non esistono due possessori solidali di un obietto. Poichè il contatto, che per mezzo della continenza delle parti abbiamo sopra tutto

un immobile quando tocchiamo una sola parte, nè, si manifesta sensibilmente nei moti come nelle cose mobili, nè, per la riflessione fatta or ora, entra nella volontà diretta di colui che vuole, come può, godere ed operare sopra una parte soltanto. Mancando di volontà che lo diriga, il descritto contatto resta senza alcuna efficacia riguardo al possesso, il quale, per aver nell'animo un suo necessario elemento, non si trova in alcun fisico fenomeno che non sia mosso e diretto dall'analoga volontà di possedere. Insomma io rispetto il tuo possesso sopra una parte, tu rispetti il mio sull'altra; io non escludo te, tu non escludi me: dunque io non posseggo la parte tua nè tu possiedi la mia. Già a § 139 vedemmo degl'inconvenienti che nascerebbero dal non ammettere affatto possessi su parti d'immobili. Si aggiunga la *l. 8*, *de R. V.*, la quale escludendo il possesso di due dai soli mobili include che possa e soglia verificarsi negl'immobili.

§ 181.

Così s'intende, che sbagliava il Savigny (ved. d. § 139) quando negava possesso di due, nel suolo e nella superficie, ad esempio della statua della quale non possono essere da diverse persone possedute le singole parti. La gran differenza della possibilità o impossibilità dello adoperare le parti separate, fu trascurata da lui. Invano si vale delle *l. 44*, *§ 1*, *de O. et A.*, *l. 15*, *§ 12*, *de damno inf.*, *ll. 25*, *26*, *de usurp. et usuc.* Poichè mentre noi sosteniamo i due possessi di due persone in diverse parti di una casa anche all'effetto di dare o negare interdetti (§ 141 e 142), ben ammettiamo che ambedue non possono giovare all'effetto di acquistare il dominio per mezzo dell'usucapione. Il dominio è cosa di dritto, e dipende dalle regole stabilite sui dritti; fra le quali v'è quella, consentanea alla ragione, che l'accessorio segua il principale. La qual regola applicata alla nostra discussione importa, che la superficie ceda al suolo. E qui è da riportare la *l. 44*, *§ 1*, *de O. et A.* « In tradendo (allo scopo di trasferire il dominio), si quis dixerit, se solum sine superficie tradere: nihil profi-

cit, quominus et superficies transeat, quae natura [1] solo cohaeret. » Ma il possesso in se è un fatto; e quando un oggetto qualunque è tenuto con tutti gli aggiunti costituenti il possesso, questo va su quell' oggetto riconosciuto. E lo stesso Savigny comprese non potersi la regola dell' accessorio e del principale applicare al possesso, allorchè nella specie che altri possegga il superiore edifizio fino alla via pubblica, gli dà l' interdetto. Se prevalesse il suolo assolutamente, perchè non ancor qui, come nel dominio, prevarrebbe colui che avesse il nudo suolo? — Adunque, tornando al dritto di dominio, padrone nella casa non può essere che il proprietario del suolo. È vero che talvolta si ravvisa in un tutto, oltre il dominio del padrone dell' intero, anche un dominio altrui in una parte per se; lo che avviene quando un corpo mio sia unito ad un corpo tuo in modo che non perda del tutto la sua esistenza; poichè a me si serba il dominio di quello, per se considerato e ad intuito di una futura reale separazione. [2] Ma ciò non ottiene nel caso di cui trattiamo, dove non può esistere che già sia stato un padrone della superficie prima della sua unione al suolo, mentre prima non era superficie ma solo cemento e *tignum*. Nè può concepirsi dopo l' unione una futura separazione della superficie, che, se avvenga una disunione, non sarà più superficie affatto, ma si cangerà in cementi. Adunque la superficie non può avere in alcun modo dominio diverso da quello del suolo.

§ 182.

Pertanto, proposta la questione se chi possiede la parte superiore della casa possa usucapire quella parte, convien negare, appunto perchè siamo in trattato di dominio. Ciò stabilisce la *l. 26*, *de usurp. et usuc.* « Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest. » Vuol Savigny unire questo

---

[1] Questa parola « natura » equivale a dire: Per regola di chiara ragione quanto al dominio; cf. *l. 7, de R. I.*, *Gaj. II, 73.*

[2] Ciò dovremo meglio spiegare, ed allegare i testi relativi, in occasione della questione sul possesso delle parti nel possessore del tutto.

frammento col precedente nella *l. 25 eod.* « Sine possessione usucapio contingere non potest. » Unione non necessaria mentre spessissimo i frammenti si seguono e non si somigliano. E seppure unione volesse farsi, potrebbe intendersi così, che non procede l'usucapione della superficie senza il suolo, perchè manca il possesso analogo, ossia munito dell'animo di dominare, quale è per le usucapioni indispensabile. — Men chiara è la *l. 15, § 12 de damn. inf.* dove, sull'opinione di Sabino, Ulpiano nega che possa colui, il quale teme danno dalla superficie, essere immesso nella superficie sola, e dice, ch'ei deve essere immesso in tutta la casa. Se non che è da considerare la ragione del giureconsulto « ... non habebit res exitum: nec profuturum in possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit, aut ei non expediat. » S'intende da queste ultime parole, che vi si tratta del secondo decreto il quale vien preparato dal primo; del decreto, per cui si acquista il dominio *in bonis* e si principia l'usucapione pel quiritario. Lo provano le espressioni « possidere non possit » che non possono riferirsi al primo decreto, mentre quanto ad esso è nella sua natura di non dar mai possesso, ossia possesso civile secondo l'uso di parlare antonomastico de' giureconsulti (§ 117). Ma applicate al secondo decreto (cf. § 118) significano ottimamente che non si può possedere la superficie sola all'effetto proprio del decreto medesimo, cioè ad acquistar l'*in bonis* e ad usucapire. Combinano le altre espressioni seguenti « aut ei non expediat: » giacchè l'unico mezzo di diventar padrone per il secondo decreto e relativa usucapione sarebbe quello di fare acquisto del suolo, ma ciò potrebbe essere incomodo, non espediente. Dalla inefficacia del secondo decreto quanto alla sola superficie argomenta Ulpiano a simile inefficacia del decreto primo che lo prepara « nec profuturum in possessionem ejus rei mitti (primo decreto) quem quis possidere non possit (secondo decreto). » [1]

[1] Ulpiano non tratta del caso del *superficiario* distinto dal padrone del suolo. Perchè contro il superficiario può ottenersi il secondo decreto

§ 183.

Fin qui di più possessori delle parti *pro diviso*. — *Pro indiviso* credo che possano possedersi da più persone diverse parti di una cosa, non solo se immobile ma anche se mobile. Poichè nel concetto del « pro indiviso » c'è appunto la mancanza di determinazione di parte o punto materiale dove l'attività debba assolutamente limitarsi; onde la necessità di adoperare tutte le parti materiali per valersi secondo il loro fine delle cose mobili, non è punto in contradizione coll'uso in parte indivisa. Tolta l'idea d'un assoluto possesso qualsiasi sul corpo mobile, e restandosi in possesso di natura del tutto relativa, è tolto ogni ostacolo alla coesistenza di simili possessi altrui. Infatti poniamo per esempio, che due tengano una cosa stessa come condomini. Ciascuno esercita tanta attività quanta risponda all'esercizio della sua vera o falsa qualità. Sono due attività, esclusive bensì, ma ciascuna nella sua relativa estensione, e che, non avendo alcun carattere assoluto per determinazione materiale di parte, possono rispettarsi e si rispettano a vicenda; onde possono ottimamente concepirsi insieme. Nè fa nuovo ostacolo la riflessione, che la detenzione è in ambedue le persone solidale, sia perchè tenendo pure una particella con ciò stesso tengono pel contesto delle molecole tutto il corpo, sia perchè nella ipotesi ambedue vagano sul corpo intero. Giacchè non è solidale il loro possesso, benchè ciascuno si trovi dentro il corpo intero: perchè la volontà non è che di possedere una parte; limitando ognuno la propria esclusività ad una parte, ognuno si scanserà dall'altro; e nella specie proposta de'possessori come condomini il possesso dell'uno e dell'altro sarà sulla parte della

---

modificato nell'istesso modo che quando si ottiene contro lo avente il *praedium vectigal d. l. 15, § 26,* (§ 148). Onde anche il primo decreto s'intende egregiamente. Ulpiano tratta dei decreti da ottenersi contro colui che è padrone della casa senza verun superficiario, cf. *§ 11. d. leg.*

cosa, corrispondente al suo potere vero o vantato, alla sua esclusiva attività. Il possesso di ciascuno ha il suo oggetto dentro l'intero corpo. Ciò significa Ulpiano *l. 1, § 7 uti possid.* « Hoc interdictum locum habet sive *quis* totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive *pro indiviso* possideat. » Esempi di possessi sopra due parti *pro indiviso* e in immobili e in mobili cose, abbiamo nelle *l. 26, l. 43, pr. h. t., l. 4, § 1, pro emt., l. 1. § 6, quod legator., l. 1, § 1, vers. at si, de salv. interd.*, e *l. 10, vers. si autem de pign. et hyp.* — Sembra fadunque, che non abbia ragione Maynz *§ 167* nel dire, che nel caso de'due compadroni non è la volontà de' singoli che disponga della cosa ma la volontà comune, e che non possiede ciascuno per parte intellettuale; riflettendo che, ammesso ciò, si ammetterebbe erroneamente il possesso di un *quid* incorporale. Ulpiano nella *d. l. 1, § 7* dice che ciascuna persona (*quis*) possiede. Nè fa ostacolo quella riflessione sul possesso di cosa incorporale. Dappoichè il principio, che le cose incorporali per dritto romano non si posseggono, vale perchè ed in quanto che manca per tali cose la fisica detenzione. Ma nel nostro caso ben esiste la detenzione, cioè (come poc'anzi dicemmo) sul fondo intero, e così quel principio non osta; poichè la misura benchè intellettuale, sulla quale tal detenzione assuma carattere di possesso, è fuori dell'applicazione del principio medesimo. Qualunque risulti questa misura, starà sempre sopra una detenzione materiale. Oppone anche il Maynz la *l. 32, § 2, de usurp. et usuc.;* ma già vedemmo a § 174, come in questo frammento si neghi solo il possesso sopra una parte indivisa incerta e non sopra una parte indivisa certa, p. e. sulla metà ecc. Osserverò in fine, che colle dette cose si spiega la *l. 42. pr. h. t.* Ulp. « Communis servus, etiam si ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab omnibus possideri intelligitur. » Vale a dire se per avventura il servo sia tenuto da un solo condomino (sempre come condomino, avendosi e contenendosi per tale), costui opera in parte a nome suo pienamente, in parte anche a nome degli altri condomini: ossia opera a nome suo pienamente quanto alla parte propria; quanto alle parti degli altri, apparisce come

procuratore. Cosicchè gli altri ritengono il loro possesso per ministero del detentore.[1]

§ 184.

Al trattato sull'oggetto del possesso spetta anche l'altra agitatissima questione, se chi possiede il tutto, un corpo, s'intenda o possa intendersi, che possegga le parti per se ossia come cose singole. I testi sembrano contradirsi. Per la negativa, ossia per la sentenza che quanto alla usucapione e al civil possesso il possessore del tutto possegga le parti solamente come parti e non per se, stanno le *l. 23, § 7 de R. V., l. 7, § 1, ad exhib., l. 7, § 11, de a. r. d., l. 23, pr. § 2, de usurp. et usuc., l. 8, quod vi aut clam.*;[1] onde nelle *d. l. 23, § 7 de R. V., d. l. 7, § 11, de a. r. d.* si trae la necessaria conseguenza, che, usucapita una casa, i cementi quindi separati debbono essere usucapiti di nuovo. Per converso la opinione affermativa del possesso e dell'usucapione separata per le parti è nella *l. 30, § 1, de usurp. et usuc.* applicata da Pomponio, che in parte ragiona sull'autorità di Labeone, alle colonne e tegole unite all'edificio, ed alla gemma unita all'anello. Moltissime e assai differenti fra loro le vedute de' nostri scrittori: riporterò le più importanti o per la loro sottigliezza o per aver trovato rilevante numero di seguaci.

§ 185.

Thibaut *Arch. f. civ. Pr. VII, 3*, sostiene la perdita del possesso di ciò che viene unito, riguardato per se, nell'ipotesi dell'unione ad un immobile; la nega nell'altra ipotesi dell'unione ad un mobile. Per spiegare la *l. 30, § 1, vers. Labeo, de usurp. et usuc.* fa un'eccezione per la prima ipotesi, quando cioè l'unione all'immobile si faccia allorquando sol dieci giorni mancavano alla per-

---

[1] Vedremo § 683 n. 1, che possono darsi interdetti al possessore di una parte *pro indiviso* contro il possessore dell' altra.

[1] Non cito la *l. 30, pr. h. t.* che appartiene ad altro articolo, cf. § 23.

fezione della usucapione; in tal caso per equità vuol conservata l'usucapione medesima. A tale opinione osta quanto alla ipotesi della unione ai mobili la *l. 7*, *§ 1*, *ad exhib.* Quanto alla eccezione escogitata da Thibaut è da rimarcare, che non ragionevolmente si fa la ragione di decidere di ciò che presso Labeone non era che un esempio. Esempio, dico; perchè se la filosofia del dritto esigesse la interruzione della principiata usucapione, ciò non dovrebbe mutarsi per la brevità del tempo che all'epoca dell'unione mancava al compimento di questa; non favoriscono i romani a sconvenevoli equità. — Pape *Zeitschrift f. Civ. etc. IV*, *pag. 211*, *seg.* fa anche maggior uso di quella espressione di dieci giorni che è nella *d. l. 30 § 1.* Crede, che si perda possesso tanto se accessione avvenga ad un mobile quanto se ad un immobile; ma in ambedue i casi eccettua per equità, se dieci giorni mancavano alla usucapione perfetta. Cresce proporzionalmente la risposta data di sopra alla eccezione pensata da Thibaut. Inoltre comincia ad ostare la *d. l. 30*, *§ 1*, *vers. Quid ergo.*

§ 186.

Savigny *§ 22*, ed i suoi molti seguaci spiegano così: Il possesso e la usucapione non può principiare nelle parti quando già si trovano unite; per la ragione non già di fisica impossibilità, mentre è possibile l'operar fisico sulle parti non ostante la loro unione, ma della mancanza d'*animus possidendi*. Imperocchè esistendo pure la volontà di possedere l'intero, questa è inconciliabile colla volontà di posseder le parti come singole cose, quando il concepire le parti a questo modo distruggerebbe il concetto dell'intero. Così chiariscono la decisione del diritto nostro, che se la casa venga demolita prima della usucapione perfezionata, i cementi si hanno da usucapire di nuovo. Per spiegare l'altra decisione, che i cementi vanno parimenti di nuovo usucapiti, seppure la demolizione avvenne dopo la usucapione della casa, aggiungono la ragione dalle leggi delle XII tavole le quali proibito aveano l'esercizio dell'azione *ad exhibendum* finchè i cementi fossero uniti, e così

indirettamente anche l'esercizio della vindicatoria: ora, riflettono, l'usucapione non è permessa quando il proprietario non abbia facoltà d'interromperla. Diverse cose dicono sulla perdita del processo già avuto, dell'usucapione già principiata Questa perdita negano avvenire per forza dell'unione; sostengono che anche dopo essa unione possesso ed usucapione perseverino. Così intendono la *d. l. 30*, *§ 1*, *vers. Quid ergo*. Eccettuano di nuovo i cementi aggiunti all'edificio per la stessa ragione presa dalle leggi decemvirali. Sente Savigny l'ostacolo che a tale eccezione fa la *d. l. 30*, *§ 1*, *vers. Labeo*, e cerca varie risposte. Nelle prime edizioni si serviva della circostanza de' dieci giorni, e sosteneva la perseveranza della usucapione per la pochezza del tempo che rimaneva a compierla. Nella quarta edizione comincia a notare piuttosto, che nella specie di Labeone si tratta di tegole e colonne che non fossero veri materiali di costruzione, ma pezzi aggiunti solo esteriormente all'edificio (in quanto le colonne non sorreggano l'edifizio stesso, ma ci sian poste per ornamento); ed osserva, che unione così posticcia non deve disturbare la già incominciata usucapione.

§ 187.

Quanto all'unione ad immobili vedremo in sul principiare la esposizione dell'opinione nostra, esser falsa quella ragione data da Savigny e suoi seguaci sulla inconciliabilità dell'animo di posseder l'intero coll'animo di posseder le parti prese per se. Non buona mi sembra la speciale spiegazione presa dalle XII tavole per la necessità della nuova usucapione dei cementi separati dopo usucapita la casa. Imperocchè ben diversa è la ragione assegnata nella *l. 23*, *§ 7 de R. V.* e nella *l. 7*, *§ 1*, *de a. r. d.*, ove il non potersi usucapire separatamente i cementi durante la loro adesione alla casa viene attribuito piuttosto ad una certa regola generale. Giusta osservazione di Windscheid *§ 175*, *not. 2*. Si aggiunga, che ai romani giureconsulti era ignota la regola, che usucapione non corresse contro coloro che non potessero agire, ed in genere contro coloro de' quali non era in potere il riprendere la cosa. Onde è, che usucapione correva contro gli assenti *reipublicæ*

causa, e correva anche contro coloro che avessero contestato la lite; date solo restituzioni in intiero ed altri rimedi (§ 557). Nè può piacere quel che stabiliscono in regola generale sulle cose congiunte a mobili, durare il possesso e la usucapione già principiata. Osta la *l. 7, § 1, ad exhib.* che parla di congiunzione a mobili fatta di cose che già l'istesso congiungente aveva presso di sè. Dispiace finalmente la spiegazione della *l. 30, § 1, vers. Labeo.* Falso è in primo luogo che le tegole non siano materiali di costruzione; perchè se delle colonne può intendersi che talvolta si pongano per solo ornamento, ciò delle tegole non può pensarsi in verun modo. Le tegole appartengono al *tignum*, come le pietre, i mattoni, la calce, l'arena *l. 1, § 1, de tigno juncto.* Cosa tanto chiara, che ben vana mi sembra l'osservazione che fa Savigny sul « quidam ajunt » d'Ulpiano in questo testo, quasi che vi riporti una singolare opinione. L'opinione era sicuramente vera, quantunque, come accade, non tutti la pronunciassero, senza però che alcuno pronunciasse la contraria. Nè ha peso alcuno ciò che su quel *vers. Labeo* nota Savigny, trattarvisi di aggiunte esteriori e posticcie. Poichè, come osservavamo esponendo la questione discussa di sopra, non il mezzo di congiunzione, che sia calce od altro, ma la posizione risultante fa perdere l'indipendenza a ciò che viene unito: onde nella stessa *l. 30, pr.* viene affermato che i corpi restano distanti, ossia non si connettono nè alcuno perde la indipendenza, solo negli esempi del popolo, della legione, del gregge, ne' quali i capi rimangono precisamente nel loro essere come erano per lo innanzi, senza cangiamento alcuno. E nella *l. 8, quod vi* si nega da Venuleio il possesso delle tegole per se prese « nec ad rem pertinet, adfixae sunt, an tantum positae. » Osserverò in fine, che dalla *l. l. 30, § 1, vers. Quid ergo* chiaro apparisce, che nel precedente *vers. Labeo* si trattava di tegole o colonne non adattate a posticcio, ma intimamente congiunte « *implicantur* rebus soli. »

§ 188.

Windscheid *§ 152, no. 6*, accettando in sostanza la opinione di Savigny, spiega però diversamente quella decisione,

che, perfezionata l'usucapione della casa, nulla di meno i cementi poscia separati possano essere dall'antico padrone rivendicati, ossia abbiano ad essere nuovamente usucapiti. Egli sostiene, ciò non esser vero se lo stesso proprietario de' cementi li unì alla sua casa od approvò simile unione fatta da un altro, giacchè in tal caso il proprietario rinunciò alla proprietà separata de' singoli cementi per se riguardati, e dimostrò la sua volontà (« den Willen an den Tag gelegt hat ») di non poter esser più padrone di quelli se non come parti di tutta la casa. Quella decisione è vera secondo Windscheid solo se un non proprietario operò la congiunzione. — Anche queste vedute non mi sembrano esatte. Osta quel che esso Windscheid opponeva a Savigny, non esser coteste le ragioni allegate dai testi relativi; testi che mai si basano sull'assenza della volontà del padrone, ma sulla regola generale che l'usucapione dei cementi per se non possa farsi finchè stanno uniti alla casa. Nè ha ragione il Windscheid quando nel caso della unione fatta od approvata dal padrone stabilisce, che costui non vuole esser padrone de' cementi che come parti: siccome dimostreremo sul principio della esposizione delle nostre viste nella presente disputa.

§ 189.

Un gruppo d'autori propone in diverse foggie la seguente distinzione. Se la cosa nell'unione perdette la sua indipendenza, allora non può più esser posseduta per se; lo può se non l'ha perduta. [1] Questa opinione venne ultimamente adottata da Randa *pag. 384, segg.*, ove largamente l'ha sviluppata. Scegliamo la sua esposizione. Randa torna su quelle idee, colle quali formò una suddistinzione nell'altra question sul possesso di due *pro diviso* in diverse parti d'una cosa. (le cose unite perdono la loro distinta esistenza (« Sonder

[1] STEPHAN *Arch. f. civ. Pr. XXXI, pag. 373, seg.;* BRINZ *pag. 15* BÖCKING *I, § 124, not. 15, seg.;* LENZ *pag. 139, seg.;* RUDORFF *Anhan num. 81.*

existenz »), o non la perdono nella unione. Rinnuova esempi: ne dà pel primo caso nel piede unito alla tavola, ne' materiali aggiunti all'edificio; ne dà pel secondo nella ruota congiunta al carro ecc. Nel primo caso nega il possesso delle cose unite come cose per se prese, perchè manca l'oggetto per se esistente, sia che siano unite ad un immobile sia che ad un mobile. Per le unite a un mobile adopera le *l. 23, § 2 usurp. et usuc.*, *l. 23. § 7, de R. V.*; per le unite a un immobile le *l. 8, de R. V.*, *l. 30, § 1, de usurp. et usuc.* « cum utrumque maneat integrum. » La *d. l. 30, § 1, vers. Labeo* interpreta non di propriamente detti materiali, ma di ornamenti posticci. Nel secondo caso Randa sostiene il possesso non ostante la unione. — Già parlando di due possessori *pro diviso* sulle parti d'una cosa, vedemmo che questa distinzione è oscura in pratica, e falsa. Come là notammo, che in tutti gli esempi ivi arrecati la esistenza separata, ossia la indipendenza, è perduta; così notiamo qui che l'unità, la esistenza fisica propria, non è perduta nell'esempio del piede unito alla tavola. Aggiungasi, che anche dove è perduta non solo la indipendenza, ma anche praticamente l'antica unità (come nell'esempio de' materiali aggiunti all'edificio), non è poi vero che non possa concepirsene una nello stato presente (vedi § 176). Onde la ragione della mancanza dell'oggetto è falsa, nè per questa si può escludere il possesso in questione. Ripugnano anche i testi. La *l. 7, § 1, ad exhib.*, che esclude il possesso sulla ruota unita al carro. La *l. 30, § 1, vers. Labeo, de usurp. et usuc.*, che lo ammette sui materiali uniti all'edifizio. Cattiva la riflessione di Randa, che non vi si parli di materiali propriamente detti, nella qual riflessione si accosta a Savigny. Di che dunque vi si parla? Di ornamenti, dice Randa. Lascio da parte l'assurdo, che le tegole siano ornamenti. Ma seppur lo fossero, cosa importerebbe quando l'istessa ragione di Randa varrebbe sempre ad escludervi il possesso? Le tegole, e più chiaramente le colonne, sono sempre unite con salda unione (delle tegole lo avea pur detto lo stesso Randa *pag. 379*), sempre secondo Randa mancherebbe l'oggetto. La *l. 8, de R. V.*, da esso invocata, vedremo che non ha che fare colla nostra questione.

§ 190.

Or dirò la mia opinione in questa intricata questione. Per procedere con ordine e non allontanarsi dal pensiero romano, mi pare opportuno preporre la esposizione della distinzione sulle diverse maniere di unione delineata da Pomponio *l. 30, pr. de usurp. et usuc.* « Rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur? Tria autem sunt genera corporum: Unum, quod continetur uno spiritu. et graece ἡνωμένον, id est unicum vocatur; ut homo, tignum, lapis, et similia. Alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον, id est connexum vocatur; ut aedificium, navis, armarium. Tertium, quod ex distantibus constat; ut corpora plura non (questa negazione è certamente da cancellarsi) soluta, sed uni nomini subjecta; veluti populus, legio, grex. » La prima specie di corpi enunciata da Pomponio, è quella nella quale le singole parti non sono rese coerenti da accidentale e contingente opera umana, ma sono unite nella natural generazione e formazione de' corpi stessi, nate e sviluppate dall'unica potenza generatrice della natura (« uno spiritu continentur »). Che tale sia la detta prima specie di Pomponio, apparisce dalla greca denominazione ἡνωμένον egregiamente da esso tradotta « unicum », dagli esempi che arreca nell'uomo, nel *tignum* (principalmente una trave per l'edificio, una pertica per la vigna), nella pietra, e dalla opposizione che egli fa coi corpi formati da parti contingenti. Conferma di ciò nell'osservazione che Plutarco ne' Γαμικοῖς παραγγέλμασι quegli stessi corpi chiama συμφυές (nati ad un tempo). — La seconda specie esposta da Pomponio è dei corpi formati da parti contingenti, cioè rese coerenti fra loro da opera avventizia. Pomponio riferisce ancor qui la denominazione greca συνημμένον che ei traduce « connexum », e dà gli esempi nell'edificio, nella nave, nell'armadio. — La terza specie è di quei corpi, i quali risultano da altri corpi che non sono neppur coerenti, ma restano staccati, benchè uniti sotto un nome:

e Pomponio dà gli esempi del popolo, della legione, del gregge. Aggiungiamo, che i greci questi corpi chiamano διῃρημένα (disgiunti). — I corpi della seconda specie suddistinguonsi come fa Paolo ne' primi due versi della *l. 23*, *§ 5*, *de R. V.* Alcune volte la connessione è fatta in modo, che il corpo unito perde gli antichi contorni che formavano negli usi degli uomini la sua unità, distinguevano la sua individualità, ed ora si confondono ne' contorni di quel maggior corpo di cui vanno a formar parte (« unitate majoris corporis consumi... facit confusionem »): ed all'esempio dell'*adferruminatio* recato da Paolo può aggiungersi l'altro della calce unita all'edifizio, e simili. Altre volte il corpo unito conserva i suoi contorni, benchè attaccato e privo della sua indipendenza. Paolo dà l'esempio di braccio unito alla statua per *plumbatura:* aggiungasi quello del trave unito all'edificio, della gemma unita all'anello, della ruota aggiunta al carro. Ad evitare un equivoco assai comune osservo, che quando Paolo in fine del *d. § 5*, dice quanto ai corpi coerenti ed in specie della statua, che « uno spiritu continetur », adopera tal'espressione in senso assai diverso da quello di Pomponio. Questo secondo giureconsulto l'adopera, come vedemmo, per significare la formazione e lo sviluppo che in alcuni corpi si fa per forza naturale in tutte le loro parti. Paolo invece significa la continuità d'un corpo che tiene a se coerenti tutte le sue parti: onde usa quella espressione per tutti i corpi coerenti, opponendo solo quelli che risultano da corpi distanti come il popolo, la legione, il gregge, mentre Pomponio oppone non solo questi, ma anche i corpi coerenti.

§ 191.

Ora alla nostra questione. Prima domanda: Possesso, come tale e prescindendo da' suoi effetti civili, si concepisce o no sulle parti in colui che possiede l'intero? Credo che si debba risponder sempre affermativamente. Pomponio fa distinzione solo in materia di effetti, ossia di usucapione, della quale egli si occupa in tutto il testo della *l. 30;* e di ciò noi tratteremo in seguito. Ma quanto al possesso in se, cosa di

fatto, non si hanno a fare altre ricerche per ammetterlo o negarlo se non sulla esistenza o non esistenza degli estremi del fatto medesimo. Vedemmo quando trattavamo la questione se si diano più possessori *pro diviso* nelle parti di una cosa, che anche nelle maggiori unioni, anche in quelle che si verificano ne' corpi della seconda e della prima specie di Pomponio, non può negarsi una propria esistenza nelle parti, se non visibile e palpabile, però ottimamente concepibile e vera. Appunto perchè i contorni, che le distinguono, ci sono, benchè ora non cadano sotto i sensi. Largamente segnalammo gli assurdi che verrebbero da contraria asserzione, e recammo testi i quali confermano tal nostro assunto. Che se ivi escludemmo sui mobili due assoluti possessi di due persone, ciò facemmo non per la mancanza di oggetto idoneo, ma solo per la ragione, che quando una persona opera in qualsiasi modo su cosa mobile deve adoperarne tutte le parti, onde non è concepibile che lasci qualche parte alla sola azione di un'altra persona. Ora tale osservazione non trova luogo quando si parla di una stessa persona e del suo possesso e nell'intero e nelle parti. Ond'è che la *l. 8*, *de R. V.* nega il possesso diviso sulle parti de' mobili solo in trattato di due possessori. Solo ripeto una cosa già osservata nel trattare l'accennata questione. Quanto ai corpi della seconda specie di Pomponio, se l'unione abbia fatto perdere praticamente l'unità, l'individualità precedente *(adferruminatio)*, di antico possesso, che l'autor della unione avesse avuto prima, non si può più parlare, come non più esiste praticamente l'antico oggetto « unitate majoris corporis consumptum. » Non si può parlare che di un possesso nuovo, che corrisponda all'oggetto novellamente delineato per que' contorni non già visibili, ma pur veramente esistenti, che ha presi nella sua attual posizione. Quando però l'unione non tolse punto l'unità, l'individualità antica, togliendo solo l'indipendenza, il possesso, che per avventura aveva l'autore dell'unione prima di questa, si concepisce che perseveri; appunto perchè l'oggetto ne' suoi contorni, nella sua individualità è totalmente rimasto.

§ 192.

Ormai non è difficile lo scorgere non esser vero il principio di Savigny e de' suoi seguaci, che cioè manchi la volontà di possedere le parti in chi possegga l'intero. Contradizione sarebbe solo se colui volesse possedere le parti non solo per se considerate bensì come attualmente separate. Ma come non è contradittorio che le parti stiano unite eppur abbiano un merito singolare, per lo speciale valore di cui l'uomo può profittare o adesso o quando saranno separate, così non è contradittorio che vengano insieme adoperate e possedute quali parti del corpo che è pure interamente posseduto, e siano esercitati su di esse atti ed operazioni o d'uso o di conservazione; insomma vengano le medesime possedute ad intuito del loro essere proprio. Cosa osta, onde io non possa servirmi dell'anello gemmato colle sue parti come parti, e nel tempo stesso intendere di servirmi della gemma ad intuito proprio di essa? che la conservi, la faccia nettare e curare riguardo precisamente ad essa e al suo valore speciale? Cosa osta, perchè io non possa servirmi del bue con tutte le sue parti, e contemporaneamente custodir la sua carne e la sua pelle, conservarle, curarle, operare su di esse, possederle ad intuito loro singolarmente e del valore che porrò a profitto quando saranno separate? E qui si osservi, che egli è ben vero che per la continenza delle parti il possesso, anche riguardato in esse parti per se, porta di fatto necessariamente anche il possesso sul resto coerente, sull'intero; egli è ben vero viceversa, che chi usa dell'intero adopera tutto ciò che forma parte di esso: ma non per questo è men vero che possesso sia dei componenti come singoli, e sia per se diverso, benchè venga necessariamente accompagnato dal possesso del tutto, e benchè il possesso del tutto sia necessariamente unito al possesso di que' componenti come parti. Mentre lo essere possessi unisoni non esclude che siano da distinguersi nel loro concetto. Se dunque non v'è ostacolo nell'esistenza dell'oggetto al possesso delle singole parti come cose per se, perchè

ostacolo ha da essere nell'animo necessariamente corrispondente? La volontà cessa avanti all'impossibile, è vero; ma non avanti al possibile.

§ 193.

Ora vediamo degli effetti del possesso, e principalmente della usucapione. Poichè quantunque il possesso, cosa di fatto, non possa negarsi quando in realtà ne esistono gli estremi; possono però per giuste ragioni mancarne i civili effetti. Il possesso che si concepisce delle parti per se, o solamente nuovo dopo l'unione (quando per questa è perduta praticamente l'unità anteriore de' corpi uniti) od anche l'antico (quando è solo perduta l'indipendenza), gioverà o no ad usucapire le parti per se? L'utilità della questione è evidente. Possedevo le tegole, la trave, la gemma, la ruota; or le unisco all'edificio, all'anello, al carro. Vedemmo, che si può concepire la durata di quell'antico possesso. Ma se tal possesso, perseverante durante l'unione, giovasse alla usucapione; allora usucapirei congiungendo tale tempo dell'unione col tempo precedente: altrimenti, l'usucapione prima iniziata verrebbe interrotta. Comincio a posseder l'edifizio con tutti i suoi cementi. Se il possesso, che si concepisce delle parti in se, giovasse all'usucapione, usucapirei i cementi, per se mobili, con un anno solo: altrimenti, tale usucapione annale non potrà aver luogo. Insomma se il possesso del tempo d'unione non suffragasse all'effetto di usucapire, quel tempo non andrebbe considerato affatto per l'usucapione delle parti in se: tanto che seppure avessi posseduto l'intero per tutto il tempo idoneo ad usucapire esso (un anno se mobile, un biennio se immobile), e lo abbia così in verità usucapito; le parti quindi staccate non perciò sarebbero mie, appunto perchè mai furono usucapite nella loro esistenza per se riguardata; converrebbe fare una nuova usucapione per esse.

§ 194.

Alla questione così proposta bisognerebbe rispondere negativamente se delle parti unite non si concepisse separato

dominio, mentre ad ogni usucapione corrisponde un dominio. Parrebbe così a prima giunta troncata d'un colpo la questione; poichè sembrerebbe che quel separato dominio mai non esista, essendo il padrone di tutto il corpo, padrone per questo stesso e con questo stesso di tutte le parti; il dominio delle parti sembrando assorbito dal dominio del tutto per quella prevalenza del principale marcata da Paolo nella *l. 23, § 4 de R. V.* — Eppure questa tesi non è poi assolutamente vera; si concepisce dominio delle parti per se, separato dal dominio dell'intero ossia delle parti come tali, si può aver l'uno e mancare dell'altro. Sottile punto è questo, che merita buona dichiarazione. E prima di tutto osservo la necessità della enunciata proposizione. Se i corpi uniti non fossero mai separabili, allora non si sarebbe fatta dal dritto civile quella acuta ispezione di distinto dominio sulle parti per se prese; perchè non avrebbe arrecato alcuna pratica utilità. Ma spesso può avvenire la separazione, e quindi la cennata necessità. Infatti se durante l'unione mai si concepisse dominio, altro che sull'intero e sulle parti come tali, e niun dominio esistesse delle parti per se, verrebbero quegli assurdi che notai nel trattar l'altra questione sui due possessi *pro diviso* di due persone. I dominii, le usucapioni si ridurrebbero ad una incredibile imperfezione. Converrebbe dire, che il padrone di un tutto, di una bestia di una pietra d'un anello, non fosse padrone delle parti, delle carni, de' frantumi, della gemma, allorquando fossero distaccate, o tutt'al più cominciasse a divenirlo allora. Bisognerebbe stabilire per regola universale che, usucapito qualsiasi corpo, distaccata appena una parte questa dovesse usucapirsi ancora. Cose, che niun giureconsulto, e niuno dei nostri scrittori ha mai asserito. Nè basta. Converrebbe dire, che, unita una cosa mia ad un tuo corpo in modo che conservando pienamente i suoi contorni e la sua unità rimanga oggetto tale quale era, sendochè essa è tua come parte, io vi abbia ogni diritto perduto; e seppure dopo venga distaccata e riapparisca come prima, non perciò sia mia. Patente iniquità. Del resto la prova di quel distinto dominio si trova nei testi. Poni il caso, che io unisca la tua

cosa ad un mio corpo come parte di esso così, che quella perda la sua indipendenza, salva pienamente la sua individualità quale aveva prima dell'unione; un braccio di tua proprietà ad una mia statua per mezzo di *plumbatura*, un piede di proprietà tua alla mia mensa, una tua gemma al mio anello, un trave tuo, delle finestre o delle porte tue, al mio edifizio. È stabilito nel dritto nostro, che « mea res per prævalentiam alienam rem trahit, » e che perciò il proprietario del corpo principale sia quello che ormai eserciti la vindicatoria per tutto, tanto contro terze persone quanto contro l'antico proprietario, *d. l. 23, § 4. de R. V.* Ma che se avvenga separazione, cessando la ragione cessi pur tale effetto; la cosa che fu unita torni all'antica proprietà, alla causa pristina, *l. 59 eod. tit.* Che anzi il proprietario antico ha diritto a procurare la separazione medesima coll'azione *ad exhibendum*, *d. l. 23, § 5.* Or come può avvenire, che il suo dominio spento coll'unione riviva, contro la regola di natura e di legge che le estinte cose non risorgono? Come può intendersi quel che scrive Teofilo ad *§ 29, I. de rer. divis.*, esser manifesto (« Εκείνου δήλου ὄντος »), che il padrone della materia non decada dal suo dominio in perpetuo (« οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας τῆς ὕλης αὐτῆς εἰς τὸ διηνεκές »)? Questa difficoltà aspetta una risposta. Ed altra difficoltà sorge da alcune espressioni della *d. l. 23, § 5,* le quali hanno in molti generato grave dubbiezza sul dominio nelle cose unite competente, durante l'unione, al proprietario del corpo principale. Poichè Paolo parla così « ea quamdiu cohaerent, *dominus* vindicare non potest. » Ed anche Gaio *l. 7, § 10 de a. r. d. (§ 29, I. de rer. divis.)* dice « Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuit, desiit ejus dominus esse sed tantisper neque vindicare potest. » Onde parrebbe, che durante la congiunzione non sia il padrone del corpo principale proprietario pur anco delle cose unite, quantunque ciò venga apertamente stabilito anche da Giuliano *d. l. 59. de R. V.* e da altri testi; ma piuttosto rimanga sempre il dominio in colui, di cui quelle cose erano prima della unione, negatogli solamente nel tempo della unione l'esercizio della vindicatoria. E confermar sembra Ulpiano *l. 7, § 2 de except*

ei judic. » cujus insula est, non utique et cæmenta sunt: lenique ea, quæ juncta sunt ædibus alienis, separata domi- nus vindicare potest. » Arndts *§ 152. n. 2* dice che nelle onti la cosa è così presentata da essere inesplicabile. Eppur redo che il nodo possa sciogliersi colle seguenti riflessioni. Il dominio delle cose congiunte può considerarsi sotto un duplice aspetto. Allorquando nella unione la cosa non per- deva punto la sua individualità, può essere considerata, anche durante l' unione stessa, per se e distintamente. Ossia due possono essere le ispezioni della cosa unita: nel suo pre- sente stato formale come parte d' un corpo principale, e nella sua conservata individualità come esistente sostanzialmente da per se. Nel primo aspetto è di tal cosa padrone il proprie- tario del corpo principale: nel secondo aspetto è anche adesso proprietario colui che lo era stato per lo innanzi. Nè fa o- stacolo a tal duplice dominio la natura assoluta ed eminen- temente esclusiva del dritto di proprietà. Poichè que'due non sono padroni *in solidum* della cosa semplicemente considerata, bensì padroni della cosa considerata sotto diversi aspetti, e ciò non è punto assurdo (cf. § 159. n. 1). Uno è padrone della cosa come parte, l'altro di essa come per se conside- rata. Ispezioni sottili ma razionali, acuta distinzione ma giusta. Fintanto che dura l' unione prevale l'esercizio pratico delle azioni del dominio competente al primo; perchè è in pieno vigore l' oggetto del medesimo dominio, la cosa si presenta e apparisce come parte; mentre l'oggetto dell' altro dominio, la cosa indipendentemente riguardata, stà in un'astratta contem- plazione e non in una realtà tale da ammettere l'uso pratico e la forza delle azioni. Appena separazione si faccia, cessa nella cosa in questione il dominio del padrone del corpo prin- cipale, estinguendosi in certo modo l'oggetto di esso dominio, n essendo più la cosa parte di corpo principale. Vale allora tutta la pienezza il dominio dell'altro, perchè è in vigore eno l'oggetto di questo dominio, la cosa come indipendente. sì si comprendono i testi. Paolo *d. l. 23, § 5, de R. V.*, Gaio *l. 7 § 10, de a. r. d.* dicono presente padrone della cosa unita, che finchè rimanga l'unione, colui che lo era per lo innanzi,

giacchè riguardano la cosa per se; ed in questo senso medesimo Ulpiano *d. l. 7, § 2, de except. rei judic.* nega il dominio al padrone del corpo principale. Lochè non toglie che sotto l'altro rispetto Giuliano ed altri riconoscano nel tempo dell'unione il dominio nel padrone del corpo principale e in lui solo la facoltà di vindicare.

§ 195.

Quando si tratti di *corpora unica* (prima specie di Pomponio) o di corpora *connexa* (seconda specie di Pomponio) in modo che nell'unione la cosa perda praticamente l'antica individualità; allora la suesposta ispezione di doppio dominio, sull'intero e sulle parti in loro stesse, non avrà applicazione nel senso che presso uno si trovi il primo, e presso un altro (cioè presso l'antico padrone della cosa stessa) il secondo. Perchè ne' *corpora unica* le parti furono sempre insieme coll'intero; e ne' *corpora connexa* l'antico oggetto, com'era, si confonde nella unione, e non vale per un antico dominio come non vale per un antico possesso. E per l'istessa ragione neppure nella medesima persona del padrone attuale dell'intiero può concepirsi la durata del dominio antico che egli stesso ebbe per avventura sulle cose quindi aggiunte a *corpora connexa.* Come non s'intende che duri un'usucapione, che sulle cose stesse era prima dell'unione incominciata. — Ma anche in tutti questi corpi può la ispezione del duplice domini applicarsi nel senso, che chi è padrone dell'intero possa dirsi avere attual proprietà sulle parti anche per se, in modo ch se quindi vengano separate si possa affermare che egli c servi dominio sulle medesime. E può altresì applicarsi senso, che se il possessore del tutto non sia di esso il padro e sia in condizione di usucapirlo, usucapisca presenteme insieme le parti per se; di modo che, separate dopo la u capione dell'intiero, giovi per esse in tale stato il tem dell'unione, e non si debbano usucapire di nuovo. Nel c poi di *corpora connexa* in modo che l'unione tolga bensì l' dipendenza ma non punto l'unità, la ispezione de' due dom

può farsi anche nel senso esposto in principio di questo paragrafo; vale a dire così che uno possa esser padrone del tutto, ed un altro, cioè l'antico padrone della cosa aggiunta, seguiti ad esser tale di essa cosa riguardata per se: e perciò che il primo possa usucapire anche nel tempo dell'unione questo secondo dominio che solo gli manca. Come anche che duri il dominio anteriormente avuto come l'usucapione antecedentemente principiata, nella stessa persona del possessore dell'intero.

§ 196.

Questa distinzione dei due dominî delle parti, come tali e come per se considerate, è, lo dissi, acuta e sottile, mentre l'ovvio concetto del dominio, dritto eminentemente assoluto ed esclusivo, porterebbe facilmente con se l'unicità del medesimo. Ma la data spiegazione spero che ne abbia dimostrato la giustizia come n'era evidentissima e palpabile la necessità. Però appunto perchè era distinzione sottile, gli autori del dritto nostro non ne abusarono; come mai abusarono ma sempre temperarono prudentemente tutto ciò, che pur essendo vero e necessario si allontana però dai semplici concetti delle cose. Quindi allorquando la ispezione d'un dominio delle parti, considerate per se e fatta astrazione dalla loro real posizione di unione attuale, sembrasse condurre a conseguenze non desiderate dalla necessità delle cose, e troppo avanzate; dalla ispezione medesima i romani si astennero. Lo che tanto maggiormente poterono fare, in quanto che si è in materia di dominio, il quale come istituto giuridico è direttamente sottoposto all'opera degli autori della legge. Anzi quella limitazione della ripetuta ispezione, in cui maggiore fu il lavoro, si aggira, come esporrò fra poco, in materia esclusivamente di acquisto per usucapione; ora l'usucazione è creazione del dritto positivo, facilissimamente sottoposta all'opera del medesimo. — Una limitazione prima, evidente, ha luogo quando si tratta di parti, che non possono essere separate senza essere affatto distrutte, senza perdere del tutto il loro

essere. Quindi la superficie nella casa non può mai aver un dominio, e perciò neppure una usucapione, per se. Onde la massima generale della *l. 26. de usurp. et usucap.* « Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest. » — Altra limitazione non tanto evidentemente comandata dalla logica ma pure assai consona alla ragione e alla prudenza, ha luog quando si tratti di dare al possessore dell'intero un'usuca pione separata e così un separato dominio sulle parti per s prese, mentre tali parti sono essenziali al concetto stess dell'intiero. Poichè se in tale ipotesi lo ammettere quella usu capione ed acquisto di dominio separato potesse far acqui stare alla stessa persona un dominio sulle parti essenziali in epoca diversa dalla nascita del dominio sull'intero, od anch senza possibilità di questo secondo dominio; la distinta usu capione, l'acquisto separato non fu ricevuto a tale effetto Troppo sembrò, che la sottile ispezione d'un dominio dell parti per se fosse considerata fino a poterne nascere domin in oggetti, che appunto per essere essenziali e indispensabil mente uniti al concetto dell'intiero, con maggior sforzo potevano riguardare sottoposti a proprietà separata e distint da quella dell'intiero medesimo. Su queste considerazion tanto semplici e consone al metodo di prudenza e di temp ranza dei romani, fissiamo la regola così: Chi possiede e usucapisce l'intiero, non usucapisce per se parti essenziali medesimo, allorquando lo ammetter ciò condurrebbe a po far nascere in lui un dominio su esse parti essenziali in ep diversa da quella del dominio sull'intiero, od anche nell'im possibilità di questo dominio in lui stesso. Distrutta l'uni egli potrà usucapire e così acquistare quel dominio per che rimase presso l'antico padrone: perchè allora non più pericolo, non v' è più possibilità, che avvenga un d nio in parti essenziali di epoche diverse dal dominio del tiero; sendochè il dominio sull'intiero, essendo disfatto distruzione dell'oggetto, non può più concepirsi in alcun pria nè dopo un altro dominio. Non v'è più che un sol minio, il quale manca nel possessore, e che può acquis col solito mezzo dell'usucapione.

§ 197.

A questo articolo spetta la *l. 7. § 1. ad exhibend.* Trattasi di ruota mia, parte essenziale del tuo veicolo. Posseduta da te o prima o dopo principiato il possesso del veicolo, fu da te unita ad esso. Si nega un possesso civile, vale a dire si negano gli effetti civili del possesso, quanto alla ruota separatamente. Appunto perchè potrebbe altrimenti sorgere un acquisto di dominio su parte essenziale o prima o dopo la nascita del dominio sul tutto. — Ma benchè ciò possa, come dall'allegato testo apparisce, accadere ne' mobili, assai più spiccato e frequente si verifica negli immobili; nei quali altri riguardi concorrono ad escludere la usucapione per se delle parti essenziali. Unisco ad un edifizio mio o altrui dei cementi altrui, venuti in possesso o prima o dopo principiato il possesso dell'edificio; od anche comincio a possedere l'edificio altrui, ed insieme i cementi già uniti. Potrò usucapire i cementi per se? Non già; perchè potrebbe sempre accadere che si formasse un dominio sui cementi, parti essenziali, o prima o dopo od anche senza dominio sull'intero nella stessa persona. Nel secondo caso ancora quantunque il possesso sui cementi nascesse insieme a quello sull'edificio, potrebbe avvenire che prima si formasse il dominio sui cementi, e dopo quello sull'edificio, per la diversità del tempo dell'usucapione sulle cose mobili e sulle immobili: usucapiti i cementi con un anno, resterebbe per dritto delle pandette ad usucapire l'edificio con un altro anno. Ed appunto per la diversità dei tempi dell'usucapione sui mobili e sugl'immobili, nel nostro trattato dei cementi dell'edificio potrebbe verificarsi in massimo grado l'inconveniente su cui è basata la nostra regola. Poichè potrebbe avvenire, che non solo qualcuna ma che tutte le parti essenziali del corpo si trovassero usucapite e in dominio del possessore prima del dominio sull'intero. Poni p. e. che io cominciassi a possedere insieme l' altrui edificio con tutti i cementi: caso delle *l. 23, § 7, de R. V., l. 7, § 11, de a. r. d., l. 23, § 2, de usurp. et usuc.* Se usucapissi i cementi per se, usucapirei tutte le parti essenziali prima di usucapire

il corpo intero. Dopo un anno tutti i cementi, tutte le parti per se sarebbero usucapite; ma con ciò non sarebbe usucapito l'intero: ed ecco il detto inconveniente in sommo grado. Nè tal conchiusione può in alcun modo sfuggirsi, ritenuto l'istesso supposto che i cementi si usucapissero da me riguardati per se e non come parti. Poichè in quanto io posseggo ed usucapisco le parti, non come tali ma come singole cose, non può intendersi che possegga ed usucapisca l'edificio; mentre l'università dell'edificio è risultato delle parti come tali, e svanisce il suo concetto quando le parti si considerino separatamente. Così la *d. l. 23, pr. de usurp. et usucapionibus* scritta precisamente delle usucapioni « nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. » E (prosegue ivi Giavoleno) quand'anche altri seguitasse a voler dire posseduti per l'effetto dell'usucapione i cementi singoli, e per superare l'opposto inconveniente si riducesse, non ostante la fatta riflessione, ad asserire che la *superficie*, composto e risultato dei cementi, è con ciò stesso usucapita pur essa con un anno; pur cadrebbe in un altro assurdo. Imperocchè dovrebbe sempre confessare, che il suolo, il quale nulla ha che fare coi cementi, non viene usucapito a quel modo. Ma già dicemmo che la prima limitazione, per evidente ragione imposta all'ispezione del separato dominio, è quando si tratti di corpi uniti in modo, che le parti non possono essere separate, appunto come nell'edificio la *superficie* non può essere separata dal suolo. È assurdo il riconoscere usucapioni separate, ed eseguibili in diversi tempi, su parti di cosa tanto manifestamente una. È assurdo, che della superficie e del suolo, quella sia usucapita in un anno e questo non sia usucapito ancora; mentre superficie e suolo, non potendo avere, come importa la detta prima limitazione, ispezione diversa che di parti d'immobile, solo col biennio sì l'una che l'altro possono e debbono usucapirsi. Dice il giureconsulto « accedit eo quod si quis singulas res possideri dixerit, necesse erit, dicat, possessione superficie temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se cap-

turum esse ampliori: quod absurdum, et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo, et superficie, et universitas earum possessionem (si legga con alcuni codici *possessione*) temporis immobilium rerum omnium (è chiaro, che qui con alcuni codici deve aggiungersi la parola *dominium* o *dominum*) mutet. » Adunque torna la ragione, che non deve ammettersi tale usucapione di parti essenziali per se, e che chi possiede la casa non s'intende possedere per la usucapione altro che la casa, ossia le parti essenziali solo come parti di casa. Lo che è da Giavoleno basato come principio nell'incominciare il testo. « Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes, possidere. »

§ 198.

Dalle dette cose derivano le conseguenze, che ci affrettiamo ad esporre. Se per un anno rimasero all' altrui edifizio unite delle finestre o delle porte, e poscia vengano separate; desse ritornano nella causa primiera, ossia l' anno non basta ad escludere l' antico dominio, perchè nel tempo della unione furono quanto all' usucapione parti dell' edificio solamente, nè sono state giammai per se usucapite *l. 59, de R. V.* Inoltre se un altrui edificio è stato col biennio usucapito, e poscia i cementi vengano separati; la usucapione di questi deve farsi per intero col tempo annale delle cose mobili, senza che possa mettersi a profitto il tempo in che furono nello edificio « nec enim singula cæmenta usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat », Paol. *l. 23, § 7, ff. de R. V.* L'istesso ripete Gajo *l. 7, § 11, de a. r. d.* raccontando dubbî che in proposito esistevano, ma conchiudendo esser quella la ricevuta sentenza. E concorda Giavoleno *l. 23, § 2 de usurp. et usuc.* rendendo precisamente quella ragione che noi abbiamo esposta. Non poter le cose, delle quali esso tratta (cioè le parti tutte onde costa la superficie), essere riguardate e come parti ossia come cose di suolo, e come per se esistenti ossia come mobili, quanto allo acquisto del dominio per usucapione: perchè

la sottile ispezione del dominio per se sulle cose tuttora unite non viene fatta allo scopo, che si ammetta lo acquisto di tal dominio per usucapione su' parti essenziali; in modo che del dominio e della usucapione in tali oggetti resta solo quella considerazione che conviene alla chiara e manifesta loro posizione nella quale si presentano mentre sono uniti, cioè come parti: « nam quemadmodum eas solas et separatas ab ædificio non possedisti, sic nec penes te singulæ, aut separatæ fuerunt, et cohærentibus his in ædificio, depositis ædibus, quæ hoc quoque ipsum continent: [1] neque enim recipi potest, ut eadem res, et ut res soli, et tamquam mobilis sit possessa. »

§ 199.

Appena cessano le ragioni esposte, appena cessa la regola da noi formulata nel § 196, è ammessa l'ispezione del dominio e della usucapione delle parti per se e come cose singole. — Poni il caso frequentissimo, che una cosa altrui, non di suolo ma mobile, incominci ad essere da me posseduta insieme alle sue parti tutte, il veicolo colla ruota ecc., la statua colle braccia ecc., l'anello colla gemma. Mentre persevera la unione, saran possedute, anche all'effetto di essere per se usucapite, le parti, comprese l'essenziali. Cosicchè risoluta l'unione dentro l'anno, giovi il tempo dell'unione a proseguire l'usucapione; risoluta dopo l'anno, si trovino usucapite. Poichè trattandosi di possesso nato contemporaneamente sul tutto e sulle parti, e le parti per se essendo mobili come mobile è il tutto, l'usucapione delle parti per se non potrà mai avvenire in tempo diverso dalla usucapione del tutto. — E questa riflessione vale chiarissimamente ne' corpi che Pomponio *l. 30, pr. de usurp. et usuc.* riferisce alla prima specie, cioè negli *unica*, animale, pietra, trave. Perchè le parti nacquero e si svilupparono insieme al tutto; la usucapione di esse per se non condurrà mai a quell'inconveniente. Quindi si deve dire, che in

[1] Vedi il tentamento d'una miglior costruzione nella edizione del Digesto pubblicata dal Mommsen 1870.

cotesti corpi mai usucapione delle partî per se potrà verificarsi divisa di tempo da quella del tutto; e che sarà sempre ammessa così da andar di pari passo colla medesima. La chiarezza di tal risultato credo che venga significata da Pomponio con quelle parole « Primum genus in usucapione quæstionem non habet. » Non esclude l'usucapione per se, come si crede comunemente: lo che sarebbe in opposizione col fatto raziocinio, e ci farebbe ricader nell' errore che, usucapito l'animale e separata poi la carne, su questa non esisterebbe dominio e converrebbe riusucapirla. Ma afferma anzi, che chiaramente, senza questione, l' usucapione delle parti per se non sarà mai distinta di tempo da quella del tutto e perciò deve riconoscersi. Interpretazione alla quale ben meglio convengono le recitate parole, che suonano appunto esser l' usucapione fuori di questione.

§ 200.

Poni che io abbia principiato a possedere una cosa altrui, priva di qualche parte, ma non essenziale al suo concetto. E per dir prima delle cose mobili, poni un anello altrui senza gemma, un vestimento senza porpora, una fiala senza ornamento. Avviene poscia l' unione di questa parte mancante al corpo principale, della gemma all' anello, della porpora alla vesta, dell' ornamento alla fiala: sia che la gemma la porpora l'ornamento fossero già separatamente in mio possesso prima che possedessi l' anello la veste la fiala, sia che non fossero. Potrò durante l' unione possedere la gemma ecc. ed usucapirla per se. Perchè quantunque così avverrà talvolta, che io usucapisca separatamente o prima o dopo l' intero corpo, mai si verificherà l'inconveniente che ciò accada in parti essenziali. Quindi è luogo a fare la ispezione del dominio per se, appunto per l' assenza di tale inconveniente, e perchè valgono le ragioni esposte a § 194. E così infatti decide Pomponio *l. 30, § 1, vers. Quid ergo, de usurp. et usucap.* « Quid ergo in his, quæ non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam

possideri, et usucapi; cum utrumque maneat integrum. » Si noti, come noi possiamo senza sforzo e fluidamente interpretare queste parole ultime « cum utrumque maneat integrum. » Pomponio osserva, che nella unione della gemma all'anello non si perdono in verun modo da quella gli antichi contorni, l'unità antica. Perchè se oltre la perdita dell'indipendenza avvenisse anche praticamente quest'altra perdita; allora non si potrebbe ammettere usucapione per se della cosa unita in tutta quell'ampiezza con cui l'ammette Pomponio. Nel caso che possesso della cosa stessa, e relativa usucapione, fossero principiati presso di me prima dell'unione, converrebbe negare la perseveranza di quel possesso, e di quella usucapione (§ 191 fi., 195 pr.) — Alle cose esposte non fa grave ostacolo la *l. 7, § 2, ad exhib.* Trattansi non solo i casi della tavola unita all'armario o alla nave, del manico unito alla tazza, e del braccio aggiunto alla statua (parti essenziali); ma in mezzo a questi casi anche degli altri sull'ornamento unito alla caraffa e sulla porpora aggiunta alla veste, parti non essenziali. Siccome il giureconsulto dice che la decisione è uguale (« Idem ») a quella data nel *§ 1*, ove nel suesposto caso della ruota unita al veicolo negava il possesso separato per l'effetto della usucapione; così parrebbe, che dunque avesse a negarsi anche in tutti quei casi. Ma rispondiamo, che la tesi d'Ulpiano, quale conveniva alla rubrica *Ad exhibendum*, è di affermare in tutti e due i paragrafi, che si può agire *ad exhibendum* contro chi unì una parte ad un tutto. Ciò decide nel *§ 1* pel caso della ruota quantunque ivi si presentasse la ragion di dubitare nella mancanza di possesso civile « sed, si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas. » Fa nel *§ 2* quegli altri casi, e decide egualmente « Idem etc. » Così il pareggiamento enunciato da Ulpiano è soddisfatto. Poichè per dire due punti egualmente giudicati basta che veramente sia uguale in ambedue il giudizio e la decisione; nè è necessario che siansi dovute vincere le istesse difficoltà, ossia che le istesse ragioni di dubitare valessero per ambedue. Inoltre nel complesso, anzi nella maggior parte dei

casi trattati nel *§ 2* la stessa ragion di dubitare avea luogo; e precisamente in tutti quelli trattati in principio ed in fine della enumerazione: sicchè il trattato del *§ 2*, riguardato nell'insieme, ammetteva ancora la medesima difficoltà.

§ 201.

Ora poniamo, che manchi una parte non essenziale ad un edificio, e che vengagli aggiunta da me, sia che fosse da me stesso posseduta prima di possedere l'edificio, sia che nol fosse. Quantunque per le cose suesposte più assai frequente sia l'esclusion della usucapione per se quanto alle parti d'un immobile che d'un mobile; pure nella ipotesi proposta or ora tale usucapione verrà ammessa. Imperochè, dato pure che o per l'epoca diversa assegnata dalle leggi alle usucapioni dei mobili e a quelle degl'immobili, o per l'epoca diversa del principio de' possessi, possa accadere che la parte venga ad essere per se usucapita prima o dopo l'usucapione dell'intero; non trattandosi di parte essenziale torna l'assenza dell'inconveniente; tornano perciò le ragioni di grand'equità e convenienza per le quali la separata usucapione deve essere riconosciuta. Questo dice Labeone riportato da Pomponio nella *d. l. 30, § 1, vers. Labeo.* Egli è certo, che per determinare quali siano le parti essenziali, quali le non essenziali, d'una cosa, p. e. d'un edificio, si deve consultare la natura stessa di essa cosa e i modi di vedere degli uomini *in civitate;* convien giudicarne con criterio pratico. Qualche colonna che manchi ad un edificio non farà sì, che questo si dica mancante di parte essenziale; ma lo farà dire alquanto disadorno. Se nell'edifizio si trovi difetto non di tutte le tegole o della maggior parte di esse, ma di poche; non per questo è da alcuno *in civitate* giudicato edificio imperfetto, ma nella estimazione comune tal mancanza è tenuta per cosa di secondaria importanza e da non essere considerata riguardo al concetto dell'edifizio stesso, che non viene per quella a scapitare. Di questi due casi si occupa appunto Labeone, decidendo per l'ammissione della usucapione separata. E siccome,

ripeto, negli oggetti uniti agl'immobili è ammessa l'usucapione separata più difficilmente che negli uniti ai mobili; prudentissimamente Labeone fa in questo caso quel che non fa Pomponio nell'altro di unioni a mobili; cioè cura di mettere bene in luce le ragioni di equità e di grande convenienza, scegliendo l'ipotesi di possessione ed usucapione delle colonne e di poche tegole, già in corso prima dell'unione, anzi già principiata da quasi un anno, sicchè pochi giorni, dieci giorni, mancassero al compimento dell'usucapione quando accadde il congiungimento « Labeo libris epistolarum ait: Si is, cui ad tegulorum, vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. »

§ 202.

Abbiamo detto se e quando corra l'usucapione nelle prime due speci di corpi proposte da Pomponio, ne' corpi *unica* e ne' *connexa*. Poche parole della terza specie, cioè de' corpi che « ex distantibus constant. » Prendiamo l'esempio di animali uniti in un gregge. Certo si concepisce possesso separato dei medesimi; anzi così e non altrimenti si deve il loro possesso riguardare; perchè nulla del loro stato muta l'accessione, e, questa fatta, rimangono distanti. E tal separato possesso gioverà a separata usucapione; imperocchè l'accessione suddetta lascia di sua natura anche i dominii negli stessi rapporti in cui erano per lo innanzi *§ 28, I. de rer. divis.* De' singoli animali è, come possesso, così anche usucapione, *d. l. 30, § 2, de usurp. et usuc.*

§ 203.

Aggiungiamo qualche riflessione sull'altro effetto del possesso, cioè sugl'interdetti. Quanto agl'interdetti il considerare il possesso delle parti unite per se, è inutile, anzi causa di gravi imbarazzi. Inutile; perchè trattandosi d'un solo che possiede e il tutto e le parti, esso è protetto pienamente dagl'in-

terdetti che competono per l'intiero. Imbarazzante ancora. Poni che si tratti d'un mobile unito ad un immobile; d'un trave, d'una porta, d'una finestra apposta ad un edificio. La cosa unita considerata come parte dell'edificio spetta all'*uti possidetis*, come per se esistente all'*utrubi*. Dare ambedue quest' interdetti, riescirebbe estremamente imbarazzante. Perchè nell'*utrubi* può per dritto delle pandette vincer colui che non tiene attualmente; ossia nel caso non colui che tiene il corpo al quale l'unione fu fatta, ma un altro che per avventura avesse posseduto nella maggior parte dell'anno. Mentre nell'*uti possid.* vince colui che tiene, colui che ha il corpo al quale l'unione fu fatta. Se si cumulassero ambedue le ispezioni, potremmo cadere nell'inconveniente, che avremmo due avversari ambedue difendibili anzi aventi ragione alla vittoria nel campo degl'interdetti. Quindi dobbiamo astenercene; e solo dare l'*uti possid.* considerata la cosa unita meramente come parte. Realmente, fatto il caso di una proiezione costruita con cementi, la *l. 3, § 6, uti possid.* dice che essa è difesa col dare l'*uti possidetis* in ragione della casa onde la proiezione fu fatta.

§ 204.

Pertanto negl'interdetti non si contemplano le parti per se, siano esse o non siano essenziali. L'interdetto si própone sempre sulla cosa intera, sulla casa, sul fondo, sull' uomo, sulla statua ecc., *l. 1, pr. uti possid.*, *l. 1, § 1, cf. pr. utrubi, Fest. v. possessio.* Che se il possesso fu attaccato solo in una parte, p. e. in un piano solo della casa, nelle stime del « quanti ea res erit » che vengono in tali interdetti, si calcolerà che non di tutta la casa fu attaccato il possesso. Lo esser lesione parziale non porta, che per se la parte sia indotta nell'interdetto, ma solo che si limiti nella quantità la stima dell'offeso possesso quanto all'intero.[1] Così s'intende pienamente la *l. 8,*

[1] Quando si tratti di due possessi di due persone, che in cose immobili può aver luogo (§ 179), p. e. uno possegga il suolo e un altro la su-

quod vi aut clam. Venuleio risponde, che chi tolse via cose facenti parte dell'edificio altrui è tenuto coll'interdetto *quod vi aut clam*, il quale è delle sole opere fatte *in solo* o per violenza o clandestinamente *l. 1*, *§ 4*, *eod. tit.*; ora l'edificio e tutte le sue parti pigliano origine dal suolo *l. 7*, *§ 10*, *l. 8*, *eod.* La risposta del giureconsulto fin qui sarebbe chiara anche se si potessero in questo rapporto riguardar le parti pure per se; giacchè tal riguardo non esclude che si possano insieme considerare come parti. Ma Venuleio nega altresì assolutamente, che quelle parti possano intendersi possedute per se, affermando, che le medesime sono possedute solo coll'università dell'edificio, ossia come parti. Poichè tratta di materia d'interdetti, nella quale, come or ora dicemmo, è questa la regola. Oltrechè quando il giureconsulto parla di tegole, non si deve prendere del caso di quelle poche mancanti quando l'edificio fu fatto ed aggiunte in seguito, senza le quali l'edificio poteva riguardarsi già compito e costituito in tutte le sue parti essenziali, come nel caso di Labeone *l. 30*, *§ 1*, *de usurp. et usuc.* Ma delle tegole in genere, e che in genere parlando sono da riguardarsi come parti essenziali dell'edifizio; nelle quali perciò anche per l'usucapione non c'è riguardo per se. Onde inteso anche in questo senso più largo, il giureconsulto benissimo nega il possesso, cioè il possesso civile per la solita espressione antonomastica, insomma il possesso quanto agli effetti ad esso attribuiti dal dritto positivo. — Dalle cose esposte apparisce, che quanto alle parti essenziali il possesso per se nel possessore dell'intero non va riguardato nè quanto agl'interdetti (lo che è comune anche alle parti non essenziali) nè quanto alle usucapioni, se queste avverrebbero in tempi distinti. Egregiamente dunque nella specie di ruota unita al veicolo prima o dopo il possesso di questo (§ 197) nega Ulp. *l. 7*, *§ 1*, *ad exhib.* il civile separato possesso du-

---

perficie, allora la distinzione de' due possessi ha effetto anche in materia d'interdetti. Offeso il possesso dell'uno, l'altro non può esercitare interdetto. Interdetto compete solo a colui che possiede la parte della quale è attaccato il possesso, *l. 3*, *§ 7*, *uti possid.* (§ 144).

rante l'unione « tunc civiliter non possideas; » appunto perchè possesso civile si dice quanto a que' due effetti del dritto positivo.

§ 205.

Le istesse cose, che stabilimmo quanto ai corpi i quali « ex distantibus constant », si debbono dire di qualunque unione che avvenga in forza d'un atto che non veramente e di sua natura operi accessione, ma convenzionalmente ed arbitrariamente: come se un nuovo terreno si unisca ad un altro già posseduto, come parte di questo, estesa la siepe e cangiati i termini. Già dicemmo § 179, che l'unità risultante da terreni uniti è tutta arbitraria e dipendente dalla volontà, e che in verità « pars fundi fundus est; » e vedemmo l'effetto, che due possano possedere assolutamente le parti. Pertanto poichè vera accessione obiettiva non v'è, e tutto dipende dalla volontà; ben a ragione gli autori delle nostre leggi non soffrirono che il fatto dell'unione, dove altro non domina che il volere di chi unisce, valesse a cangiare il tenore dell'usucapione. Se dovesse o potesse quel terreno, che viene unito, usucapirsi come parte; avverrebbe, che se io mi trovassi in possesso e in condizione di usucapire un terreno, ed ora ne unissi un altro mai posseduto, usucapirei il secondo, come parte, in quel breve tempo che mi rimaneva per usucapire il primo. Ciò non fu tollerato: e fu stabilito, che l'unito non solo potesse ma dovesse riguardarsi da per se. Così Giuliano *l. 7, § 1, pro emt.* « Si fundum Cornelianum pro emtore longa possessione capiam, et partem ex vicini fundo ei adjiciam: utrum eam quoque partem reliquo tempore pro emtore capiam, an integro statuto tempore? Respondi, partes, quae emtioni fundi adjiciuntur, propriam ac separatam conditionem habent, et ideo possessionem quoque earum separatim nancisci oportere et longam possessionem earum integro statuto tempore impleri ». Per la qual cosa se io conosca essere una certa parte del fondo comprato non del venditore ma altrui, non potrò usucapirla, mentre potrò ben usucapire le altre parti,

l. 4, pr. eod. tit. — Non osta Paolo *l. 2, § 6, vers. Sed si, eod. tit.* « universitas ejus (fundi) possideatur, non singulae partes. » La specie ivi trattata è la seguente. Comperai il fondo semproniano, che era di cento jugeri, da te che io errando credeva il padrone: mi furono per altro errore consegnati anche dieci jugeri di un altro fondo vicino, ed io li possedei. Si domanda se io potrò usucapire anche questi dieci jugeri: ossia se usucapirò tutto il fondo quale mi è stato consegnato, composto così per errore di centodieci jugeri? La questione non era sulla diversità de' tempi per la usucapione che risultasse da diverse ispezioni: questione che nel caso di Paolo era impossibile, mentre ogni possesso era nato in un tempo e non si trattava che d'immobili. La questione si aggirava sulla necessità della giusta causa della tradizione. Vedremo nel trattato delle usucapioni, che questa giusta causa dev'essere vera, ma che in genere viene supplita dalla prova d'un giusto errore; eccettuata però la compra ove generalmente la verità è assolutamente necessaria. Con queste regole viene esordita la *d. l. 2*. Quindi la ragion di dubitare nella specie del *§ 6* per que' dieci jugeri de' quali niuna compra era esistita. Eppur Paolo decide che tutto venga usucapito, anche i dieci jugeri. Imperocchè qual' è la ragione per la quale nella compra si richiede l'assoluta verità del titolo? La ragione è, come largamente esporremo in detto trattato, perchè quanto alla compra vendita quando vogliamo usucapire una cosa come a noi venduta da un non padrone e consegnataci dal medesimo, buona fede si richiede in due tempi; al tempo del contratto che die' occasione alla tradizione e al tempo di essa tradizione. Quindi è necessario che venga assolutamente designata una vera compra vendita, onde fissarvi il tempo del riguardare alla b. f. Ma nella specie su esposta era soddisfatto a questa designazione col dimostrare la vera compra vendita del fondo. Tutto ciò che fu consegnato al compratore era nella sua opinione in pari condizione di proprietà perchè tutto fu preso da esso in modo uniforme e complessivo; e la ragione medesima, per la quale egli credeva essere del venditore cento jugeri, valeva per gli altri che in verità erano

fuori della compra. Pertanto dimostrata la vera compra vendita, e la b. f. nell'epoca in cui essa avvenne, costava della b. f. in essa epoca anche quanto ai dieci jugeri non comprati, ma consegnati in occasione di quel contratto. Non c'è necessità di vera compra per essi dieci jugeri, mentre è soddisfatto all'unica ragione per la quale in massima vere compre vendite si richieggono per l'usucapione. Adunque allorchè Paolo pronuncia le parole riferite di sopra, non parla assolutamente quasi che le parti de' fondi non possano e debbano essere usucapite da per loro quando vengano acquistate in tempi diversi; ma parla soggettivamente e riguardo all'animo dell'acquirente nella sua fattispecie. L'animo nella sua specie era un solo; col quale l'università del fondo, tale quale era stato consegnato di centodieci jugeri, veniva usucapita: non potevano essere varie idee rapporto alle varie parti. — Queste cose non valgono se sia stato per errore del tradente consegnato e posseduto dall'accipiente un oggetto del tutto diverso da quello comperato, Dama invece di Stico, *d. l. 2, § 6, vers. Cum Stichum.* In tal caso non sarebbe possibile indagare sulla b. f. intorno all'oggetto posseduto da usucapirsi, quanto al tempo del contratto: perchè era stato in esso contratto indotto un altro servo, sul quale poteva esistere b. f., mentre m. f. esistesse sul consegnato; trattandosi di servi che sono e restan sempre distinti e separati in tutto e per tutto.[1]

---

[1] Se l'errore non fosse stato nel solo tradente ma anche nell'accipiente, allora a questo non sarebbe acquistato alcun civile possesso (§ 239). STINTZING *Bona fid. und tit. pag. 91* stabilisce in questo punto la ragione di decidere del testo. Ma è disadatta; dappoichè Prisco e Paolo parlano di errore del solo tradente; « Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. » Nè conveniente al motivo espresso nel testo medesimo « quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. »

CAPO QUINTO

Dell' acquisto del possesso.

§ 206.

Dappoichè il possesso richiede nel suo concetto l'elemento del fisico operare e dell'ànaloga volontà (§ 43), è chiaro che senza tali elementi non può nascere, ossia non può essere da alcuno acquistato. « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore » Paolo *l. 3, § 1, h. t.* — È primieramente necessario l'atto del corpo:[1] ossia debbono aver luogo atti fisici pe' quali l'uomo esordisca quella tale attività che è nella definizione del possesso (§ 39). Quindi è che l'erede, adita l'eredità, acquista delle cose ereditarie il dominio, ma non il possesso finchè non le abbia prese *l. 23, pr. h. t.* (cf. § 77). Ma quanto è sicuro che un intervento del corpo è necessario per acquistare il possesso, altrettanto è controverso il determinare di questo necessario intervento la giusta misura. Il Savigny *§ 14* crede, che la vera e semplice nozione dell'acquisto del possesso consista nella mera possibilità di operare immediatamente sulla cosa (« Möglichkeit auf die Sache unmittelbar zu wirken »), e di escludere ogni straniero agire sulla medesima. E che la possibilità dell' immediato operare basti al vero e proprio acquisto del possesso, è divenuta dopo Savigny la opinione comune

---

[1] Quindi è, che talvolta *(fr. vat. § 249, vers. Tabulae)* alla tradizione viene aggiunto l'epiteto di corporale, e si dice « corporalis traditio » in vece di « traditio » semplicemente.

però con molte varietà nel definirla, varietà delle quali daremo un saggio più sotto.[1] Quindi è, che mentre era universale credenza degli antichi scrittori, esser due le speci di tradizione, altra esser tradizione vera ed altra finta,[2] quella dove ha luogo il contatto colla cosa, questa dove il medesimo non si effettua; Savigny, seguito dalla comune de' moderni scrittori, riprende tali vedute. Scorgendo ne'casi, ascritti dagli antichi alle tradizioni finte, la presenza della suddescritta possibilità, li richiama alla vera e propria tradizione. Aggiunge per la esclusione delle finte tradizioni argomenti diretti. Dice che le finte tradizioni, se ci fossero, avrebbero ad essere eseguite per mezzo di simboli; ma che i simboli furono adoperati solo negli atti propri del gius de' romani, come nella *mancipatio* nella *vindicatio* nella *manumissio*, e non già in quelli giuridici per dritto delle genti, molto meno dunque nel possesso. Tanto più, che se vere tradizioni fossero solo quelle dove ha luogo il tatto, poichè è ben raro che le singole parti delle cose possano esser toccate, immenso sarebbe l'uso delle finte, e quasi tutti i possessi per mezzo di simboli sarebbero acquistati. Finalmente tanto Savigny quanto i suoi seguaci si valgono di diversi frammenti; cioè delle *l. 1, § 21, l. 3, § 1, l. 18, § 2, l. 51, h. t., l. 77, de R. V., l. 11, § 1, de peric. et comm. rei vend., l. 31, § 1, de donat., l. 5, § 1, de a. r. d., l. 79, de solution., l. 1, C. de donat.*

§ 207.

Non accetterei pienamente tale opinione. Secondo il mio avviso non convien fare delle finte tradizioni tutto quell'uso che ne fecero gli antichi; ma credo, che pur ve ne siano: come anche credo, che, se le altre dove contatto manca non debbono dirsi finte, neppure debbono dirsi tradizioni proprie

[1] A tal comune opinione si ascrivono BRINZ *Pand. pag. 62;* WINDSCHEID *§ 153;* EXNER *Trad. pag. 81 seg.;* GOLDSCHMIDT *Handelsr. II, § 6 7;* RANDA *pag. 280 seg.;* MEISCHEIDER *§ 46;* MACHELARD *p. 155 seg.,* ed altri.

[2] Anche DONELLO *Comm. V, 9* è in questa sentenza.

ed in senso stretto, ma solo in senso lato ed improprio. - Se il dritto positivo riconosca tradizione laddove non esist affatto alcun atto corporale distinto che ne segni lo avveni mento, vera tradizione non può dirsi nè vero acquisto d possesso secondo il senso comune degli uomini, dal quale i dritto romano non si è dipartito come dimostrammo a su tempo. Convien dirla tradizione finta. Tanto vero, che qual cuno de'fautori della sentenza surriferita per taluna di quelle tradizioni, che appellansi *brevi manu*, accorda che si debba dir finta. Non vedo perchè allo ammettere in genere l'esistenza di finte tradizioni tanta ripugnanza trovino i recenti; mentre pur così grande e frequente è l'uso delle finzioni nel dritto nostro. Nè sempre le finzioni si fanno per mezzo di que'simboli, de'quali parla Savigny; nè si adoperano ne' soli atti dello special dritto de'romani, mentre di finzioni usate all'infuori di tali atti abbiamo gran quantità di esempi fino nell'epoca assai avanzata dell'impero. [1] Non oppongano, che così si avrebbero quasi sempre tradizioni finte. Questo argomento vale contro coloro che tradizione finta scorgono ovunque le singole parti della cosa non vengan toccate. Ma non contro noi che di tale avviso non siamo; e non solo non diciamo finta, ma anzi diciamo tradizione propria quanto altra m quella che cade su tutto un corpo formato in unità, appe ne sia toccata una parte. Poichè con ciò stesso come già a biamo altrove osservato, per la continuità e la continen delle molecole onde il corpo uno è composto, tutto ca sotto il tatto. Lo che non solo è vero ne'corpi mobili, co apparisce dalla *l. 21*, *pr. de furt.* da noi riportata § 178 n. ma anco negli edifici, e pure ne'terreni, perchè anche i terreni si concepisce ed esiste unità in quanto che sono chi e distinti da una siepe, hanno un'azienda propria, prop bestiami, propri istromenti, propri fabbricati rurali. E qu tunque la destinazione dell'umana volontà, che forma t unità ne' terreni, la forma solo convenzionale ed arbitra (§ 179, 205, e 303. n. 2.); pure finchè resta l'animo di c

[1] Ved. il mio libro *Del dritto d'accrescere pag. 240, n. 158.*

servarla, e tale animo non conduce ad alcun iniquo risultato,[1] la unità spiegar deve il suo suddescritto effetto, che, toccata una parte, è toccato il tutto. Così di vero, anzi di proprio acquisto di possesso parla Paolo *l. 3. § 1. h. t.* ove dice « Quando autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire; dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. » Molti adunque saran sempre i casi di vere e proprie tradizioni; oltrechè molti ne segnaleremo di tradizioni, tali in senso lato e men proprio, ma non finte.

§ 208.

Imperocchè troviamo sovente nel dritto positivo riconosciuta tradizione con qualche atto corporale che la designa, ma senza che questo atto consista nel contatto sulla cosa. Di queste tradizioni io credo che da una parte non si debba dire che sian finte, ma debbano ritenersi per vere; ma che dall'altra parte neppur possa dirsi che siano tradizioni nel senso strettamente proprio della parola e si abbiano a ritenere per tali in senso lato e meno proprio: insomma credo che siano, esattamente parlando, estensioni del primitivo concetto della tradizione. Infatti finta una tradizione, come qualunque altro avvenimento, si dice allora soltanto, quando non esiste affatto, e viene per giuste ragioni escogitata dagli autori del dritto positivo. Or non mi sembra che tanto si possa asserire allorquando non esista il contatto, ma bensì un altro atto corporale che marchi il principio del possedere. Per esempio se colui che mi ha venduto una cosa me la rechi al cospetto ed ivi la lasci a disposizione di me che la guardo; niuno dice nel comune linguaggio, che consegna non sia stata veramente fatta finchè io non stenda la mano e

[1] Dico questo per le riflessioni fatte a § 205.

tocchi; nè debbono averlo detto o pensato gli autori del dritto nostro, che, ripeto, il pensiero comune non abbandonarono nel loro concetto sul possesso. Infatti è cosa che dopo altri ha il Savigny ben stabilita *pag. 184*, che ogni acquisto fondato su mera finzione di dritto dev'essere escluso quando si tratti di atti illegittimi, onde non si perverta la mira che nell'introdurre la finzione hanno avuto le leggi. [1] Ora troviamo definito da Ulp. nella *l. 43*, *§ 2*, *de furt.* che se alcuno, verso il quale un altro per error di persona (cf. § 380) credevasi debitore, conscio di non essere creditore delegò una terza persona cui si facesse l'indebito pagamento, e si trovò presente all'atto del pagamento medesimo, s'intenda aver commesso furto. E perciò si crede da lui fatta la *contrectatio* che per ricevuta sentenza è al furto necessaria (§ 332), benchè il danaro pagato egli non avesse toccato con mano, ma sol veduto. Perchè troppo chiaramente e comunemente della *contrectatio* tien luogo l'operar fisico degli occhi: onde si giudica aver esso veramente e non fintamente preso il danaro ed averne poi lasciato passare il possesso nella terza persona. [2] Ma, come dissi, credo che in casi di simil natura la

---

[1] I proculiani credevano che alla costituzione del furto bastasse sempre una impropria (però non finta) presa di possesso (§ 332). Ma neppure tale sentenza fu ricevuta (ibid).

[2] Dico, che la contrettazione viene supplita dall'azione degli occhi. Ma non direi già, che così la tradizione sia supplita da cosa per se diversa da questa, la quale ne sia un equivalente; come alcuno ha scritto. L'azione degli occhi supplisce l'azione della mano, ma per costruire una specie di tradizione: questo credo il giusto pensiero. Ed infatti i testi, come vedremo riportano sempre questi eventi dentro il concetto stesso della tradizione « quodammodo tradita existimanda sunt » *l. 79 de solut.* « videri traditam... tradita videri » *l. 1 § 21 h. t.* « tradita videtur » *l. 74 de contrah. emt.* ecc. Chi tiene l'idea de'meri equivalenti allega la *l. 9 § 3, de jur. dot.* » quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur? » Ma trascura le parole immediatamente precedenti « non quod ei non tradantur: quid enim interest etc. » onde chiaro apparisce che anzi Ulp. riferisce il caso ad una vera tradizione e solo colle seguenti opposte parole lo distingue dalla tradizione in senso strettamente proprio. Viene adoperata anche la *l. 9, § 6. junct. § 5 de a. r. d.* di Gaio « sine traditione nuda

tradizione e l'acquisto del possesso non s'intendano nel senso stretto di tali espressioni. I romani ben riconobbero, che il tatto è il senso, il quale per destinazione della natura mette l'uomo nella più diretta comunicazione colle cose, il mezzo con cui esso alla sua potestà le sottopone. Onde così frequente il loro uso di esprimere la mano, principal ministra del tatto, ne' loro istituti, che significassero l'acquisto o la perdita d'un potere di grave momento, o il potere esso stesso (*mancipatio, manumissio, manus*). Già a § 39 parlammo della necessità del tatto nel concetto del possesso, citate alcune eleganti espressioni di Machelard; e a § 42 riportammo altri testi che l'*attingere*, il *comprehendere*, lo *apprehendere*, segnano come proprio modo di acquistare il possedimento, *l. 7, § 17 de publ. in rem act., l. 1 § 1, l. 18 § 2, l. 23 pr., l. 38 § 2, h. t., l. 7, § 4. pro emt.*; ed aggiunsi la *l. 20 pr. de S. P. U.*, ove trovasi aggiunta la nota d'improprietà *quasi* ad un possesso riconosciuto nonostante la mancanza del contatto. L'*introire* e il « rem corporaliter *teneant* » designati da Paolo nella *l. 3, § 1, h. t.*, e *sent. V, 11, 3.* come modi di acquistare il possesso, ribadiscono l'istesso pensiero. Quindi pur vedemmo a § 47 che anche in punto di ritenere il possesso, pur tanto più facile che lo acquistarlo, i romani nella mancanza del presente contatto dissero che « retinere posse *videamur*, » e formarono le apposite espressioni « animo, animo solo, nudo animo, possidere » *l. 3, § 7, 11, l. 25, § 2, l. 44 § 2, l. 46 hoc tit., l. 4, C. eod. tit., § 5, I. de interd., Gaj. IV. 153, Paul. V. 2. 1.* — Pertanto anche l'uso d'altro atto corporale, anche l'uso degli occhi non fu giudicato pari all'acquisto strettamente inteso del possesso. Vero acquisto riconobbero, ma non del tutto proprio. Abbiamo così esaminati gli argomenti del Savigny, riservandoci alla data occasione di marcare quale sia a nostro avviso il vero senso dei testi da esso aggiunti a conferma della sua opinione

---

voluntas sufficit ad rem transferendam. » Ma eguale esser deve la interpretazione; poichè vedremo § 222, che una specie di tradizione delle merci è ne' testi riconosciuta nella consegna delle chiavi del magazzino che le contiene; qual'è il caso a cui è applicata la riportata espressione di Gaio.

(cf., oltre § 207 e questo § 208, anche § 213, 214, 222, 223, 227 n. 1., 234, 239). Ed esaminando la opinione di Savigny abbiamo dovuto esprimere le idee fondamentali, su cui si basa la opinione nostra sull'acquisto del possesso.

§ 209.

Prima però che ci avanziamo nello svilupparle, giudichiamo nostro dovere dir qualche cosa della sentenza che in questa materia ha prodotto Jhering *pag. 148 segg.* Dice Jhering, che la manifestazione sensibile dell' acquisto del possesso consiste nel constatare di fatto l' intenzione di aver la cosa come propria. Converrebbe conchiudere, che possesso si acquista anche col dichiarare in pubblico istrumento quella intenzione od anche col rendere altrimenti palese la notizia di ciò. Mentre questo sarebbe modo di constatare molto maggiore che non lo accedere ad un fondo, cosa che può esser resa nota e constatata a ben pochi. E lo stesso Jhering non dissimula, che la sua tesi conduce a conchiudere che la presenza della cosa non sia punto necessaria ad acquistarne il possesso. Tenta anzi di ritrovare qualche cosa di simile esordita in dritto romano; allegando i testi ne' quali è stabilito doversi assolutamente prestar fede agl' istromenti, che dichiarino esser tutto proceduto solennemente nelle stipulazioni, esservi state presenti le parti. Quali testi nè han punto che fare col possesso, nè importano per le stipulazioni che non sia necessaria la presenza; ma solo che si debba prestar fede agl'istromenti i quali l' asseriscano avvenuta. Nel possesso non è stata ricevuta simile misura, eccettuate le donazioni fra parenti e discendenti come vedremo nello spiegare la *l. 1, C. de donation.* (§ 224) Jhering ripetutamente chiama l' accesso al fondo, per ragione di consegna e di acquisto, una passeggiata, quasi per ironia. Noi crediamo che anche secondo la ragione giuridica l' avviso de' romani fu ottimo: in ogni modo non si può dubitare, che fu loro avviso, non potersi acquistare dominio e molto meno possesso senza l' atto corporale.

§ 210.

Ora veniamo a sviluppare le nostre vedute. Dicemmo, e, mi sembra, dimostrammo: 1°, che il vero ed insieme proprio acquisto di possesso accade solo quando sia adoperato il contatto sulla cosa; ben inteso anche sopra una parte di essa. 2°, che il dritto romano lavorando estensivamente sopra questo semplice concetto riconobbe anche un vero ma meno proprio acquisto, allorquando fosse adoperato un qualche atto corporale ma non consistente nel tatto. 3°, che talvolta ravvisò anche l' acquisto senza alcun operare fisico sulla cosa, e che allora è acquisto non solo non proprio ma neppur vero. — Adesso progredendo dobbiamo osservare in primo luogo, che i romani non lasciarono il semplice concetto dell' acquisto per via del tatto, non ammisero impropri o finti acquisti se non con un fondamento razionale ossia con un giusto scopo. Perchè lo ammetterli senza di ciò, sarebbe stato in verità un distruggere il principio della necessità del contatto; come ogni massima viene distrutta se s' inducono irragionevoli limitazioni. Se ad acquistare il possesso fosse assolutamente necessario toccar colla mano o col piede, di ben pochi oggetti si potrebbe ottenerlo, e ciò con opera difficile ed affannosa. Questa ragione, e talvolta l' altra di evitare inutili circuiti, persuasero l' uso degl' impropri e dei finti acquisti di possesso; come per quella fu pur anco indotto l' uso dei procuratori, del che in seguito dovremo tener parola. E vanamente il Maynz *§ 170* oppone a proposito dell' uso delle finzioni nello tradizioni, da esso ancora combattuto, che niuna necessità od opportunità aver poteva il dritto positivo di slargare i confini del possesso, cosa per se non rispettabile. Si trova la risposta in ciò che già notammo (§ 46), molte esser le ragioni di tali estensioni. L' odio delle vacanze; lo sviluppo delle usucapioni; il più facile complemento di atti giuridici de' quali l'acquisto del possesso era condizione necessaria, e fra questi precipuamente l'acquisto del dominio del quale è sovente quell' acquisto di possesso il necessario compagno. — Dalle dette cose s' inten-

de, che improprietà o finzioni non si adoperano per estendere l'atto dell'animo. Vigoroso questo e potente quanto frale è il corpo ed inetto; idoneo a contemplare insieme la nave che solca le acque della linea e la casa di ghiaccio dell'abitatore delle regioni polari, non ha bisogno di soccorsi del gius civile onde la sua celerità sia sospinta, la sua forza moltiplicata. E così negli acquisti di possesso l'atto della volontà è dimandato nella sua natural verità e proprietà.[1]

§ 211.

Ora dichiariamo con esattezza maggiore, come pel giusto scopo, che abbiamo notato, si adoperarono praticamente i romani nella loro opera di ricevere ora impropri ora finti acquisti del possesso. Prima parleremo della loro opera meramente estensiva del concetto originale dell'acquisto per contatto, ossia del loro normale procedere nell'ammettere acquisti di possesso impropri; per poi dichiarare con egual cura l'altra opera ove più staccandosi dal concetto medesimo riconobbero acquisti del tutto finti. — Il regolare processo del dritto romano nella sua opera estensiva si avanza dentro certi limiti ossia con certe condizioni. A chi mediti sulle giuridiche ragioni, e rifletta sui frammenti relativi, questi limiti e condizioni si presentano nel modo seguente. ***Primo;*** perchè sia riconosciuto un improprio acquisto di possesso è necessario che esista una sicura fisica disponibilità,[1] vale a dire la facoltà di poter fisicamente prendere e toccar la cosa senza verisimili impedimenti. Questa essendo l'importanza di quell' epiteto *sicura*, da noi aggiunto, che cioè la disponibilità sia così facile da rendere inverosimile il sopraggiungere di qualche impedimento al contatto, come di malattie, di affari, di

[1] Per influenza di ragioni singolari, e col supplemento di speciali requisiti, vedremo ammesso talora lo acquisto del possesso sulle cose prese dai servi o figli di famiglia *ex causa peculiari* senza atto distinto di volontà § 245, seg. Vedi anche de' casi singolari riportati a § 260.

[1] Adopero volentieri questa parola *disponibilità*, ormai consacrata dall' uso generale.

azione estranea d'altre persone ecc. Pertanto cotesta disponibilità esiste, allorquando le presenti circostanze di fatto sian tali da far ritenere non solo per presumibile ma per umanamente certo ed indubitato, che alcuno, prendendo ora la determinazione di toccare la cosa, potrebbe senza fallo metterla in esecuzione. Tale mi è sembrato il giusto carattere che i romani esigono nella disponibilità necessaria all'acquisto del possesso; e vedremo che corrisponderà ai frammenti che fra poco principieremo ad esaminare. La possibilità dell'apprensione, che, come vedemmo, basterebbe secondo la comune opinione dei moderni a formare la tradizione propria, come secondo noi basterebbe a formare la impropria, è dagli autori medesimi variamente delineata. Savigny la vuole (lo dicemmo) immediata: espressione, che, esattamente intesa, importa anche la esclusione di ogni atto intermedio fra la determinazione e il toccamento, e perciò più che non importi la nostra sicura, siccome la definimmo. Non a torto viene Savigny ripreso da Jhering *pag. 127*, il quale gli oppone diversi casi, per esempio quello della deposizione dell' oggetto da acquistarsi entro la casa dell' acquirente (§ 216), dove acquisto di possesso si trova senza quella immediata disponibilità. Altri ha data buona definizione, ma, a quel che mi sembra, men pratica e men precisa della nostra. Così Goldschmidt *Handelsr. pag. 1233* definisce l'apprensione essere la ideale possibilità di arbitrario ed esclusivo operare, spiegando l'epiteto « ideale » per quella possibilità che secondo il ragionevole costume viene ritenuta per presente; abbiano pure ad opporsi alla sua realtà straordinarii non previdibili impedimenti. Colla quale dichiarazione turba quell' epiteto d'ideale che avea posto in definizione, fissando in risultato una possibilità reale. Men bene il Meischeider *§ 46*, vuole una relazione, che renda possibile nella persona la coscienza dell'attual potere sulla cosa. Facendo così dell' apprensione un concetto del tutto subiettivo, non consono al dritto romano, il quale non si contenta della opinione, che può esser falsa, dell' acquirente, ma vuole possibilità di contatto nella realtà dei verosimili avvenimenti. Windscheid *53, n. 4*, ed Exner *Trad. § 89*, non credono possibile il fis-

sare una formola generale la quale sia adatta a definire nei casi concreti se detenzione esista o non esista. Veramente Exner aggiunge una prova di formola così concepita: Il detentore deve stare in tal rapporto colla cosa, che si possa dire ch'ei l'abbia, e non solamente che la può avere o l'avrà. Formola che nulla dichiara e lascia insoluto il problema. Jhering crede falsa la teoria, che la disponibilità importi apprensione di possesso (propria secondo l'opinione di Savigny, men propria secondo la nostra) per la ragione, che con questa teoria non s'intenderebbe perchè in certi casi trattati dalle leggi nostre, come in quello dei favi *l. 5, § 3, de a. r. d.* ed in quello del tesoro *l. 3, § 3, h. t.*, sia l'apprensione esclusa. Noi proveremo che ciò conviene alla teoria come noi l'intendiamo (§ 217 e 230).

§ 212.

Secondo; per l'improprio acquisto di possesso si richiede qualche atto fisico che pur non sia il tatto, col quale venga marcato il principio dell'esercizio dell'attività sulla cosa, o immediato o almeno mediato. — I due esposti requisiti sono stati dimandati dal dritto romano onde nel più grave momento qual'è quello dell'acquisto non fossero del tutto abbandonati quegli elementi che sono necessarii per la natura del possesso, e precisamente il necessario concorso del corpo *l. 3, § 1, h. t.* Se non vi fosse il contatto, che era l'azione fisica propria secondo le prime destinazioni della natura, ci fosse almeno per supplire il contatto stesso quella disponibilità, e la presenza di qualche altro atto corporale. Su queste idee si svilupparono le singole speci di acquisto improprio, delle quali conviene che ora ci occupiamo. Parleremo principalmente della tradizione, di cui anche i testi sogliono trattare: della occupazione diremo quando occasione si presenterà. Ci varremo de' frammenti che parlano d'improprie tradizioni in rapporto all'acquisto del dominio; perchè, come osservammo § 210, suole essere congiunta la causa degli acquisti

del dominio e del possesso, anzi in vista degli acquisti di dominio in gran parte furono introdotte le tradizioni improprie.

§ 213.

Prima ci si presenta quella tradizione che gl' interpreti chiamavano *longa manu;* dove più facile fu l'estensione, perchè se vi manca il tatto, v' è però l'immediato intervento d'un altro senso, cioè degli occhi. Famoso l'esempio d'un venditore che dalla mia torre m'indichi il fondo vendutomi, dicendo di consegnarmelo: passa a me dominio come si acquista possesso, *l. 18, § 2, h. t.* Dice Celso « non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem » dimostrando questo come un modo d'acquistare comunemente riconosciuto. Giavoleno *l. 79, de solut.* tratta una specie simile, cioè di colui il quale ordinò che gli venisse posta al cospetto la pecunia od altra cosa dovutagli. Dice che questa divien sua, esprimendosi così « *quodammodo longa manu* tradita existimanda est. » Colle quali parole indica apertamente, che propria tradizione è quella che si fa colla mano e col tatto, e che nella specie è tradizione impropria quasi che la mano sembri fino all'oggetto protratta. Così resta anche giustificata la ricordata denominazione data dagl' interpreti a cotesta tradizione. E vanamente oppongono coloro, che non riconoscono improprie tradizioni, essere quella espressione « longa manu » solo un'energica frase di Giavoleno. Energica o non energica, il giureconsulto non l'avrebbe usata se non avesse pensato che la propria tradizione è quella, la quale si opera colla mano, e alla quale per via di estensione riporta l'altra di cui esso parlava. Sopra tutto poi è da notare la *l. 1, § 21, h. t.* Ordinai al mio venditore, o debitore di danaro, di consegnar la cosa venduta, o il dovuto danaro, al mio procuratore o ad altri « cum ea in praesentia sit. » Paolo riferisce la sentenza di Prisco, ossia di Giavoleno (Prisco Nerazio soleva da Paolo esser citato col nome di Nerazio), di cui vedemmo quali fossero le vedute nella *l. 79, de solut.* E questa sentenza era

precisamente « *videri* mihi *traditam.* » Aggiunge Paolo l'esempio delle colonne poste al cospetto, e ripete « *pro traditis* haberi. » Espressioni che dimostrano chiaramente, che non si espone la semplice nozione della tradizione, ma un'estensione della medesima. Bella la ragione del giureconsulto « non est enim *corpore et actu* (meglio, sull'autorità de' basilici « ἁφῇ; » *L. 2, 1, Heimb. V, 47*, è da leggere *tactu*) necesse apprehendere possessionem, sed etiam *oculis et affectu.* » Oppone il corpo e l'atto o tatto agli occhi e all'affetto: non che gli occhi non sian pur essi corporali e non spettino all'atto oltre il mero affetto; ma perchè nell'apprensione delle cose la destinata parte del corpo è la mano ed il tatto. Onde non posso comprendere come Savigny citi questo frammento a conferma della sua opinione. [1]

§ 214.

Un'altra conferma nella giusta interpretazione della *l. 51, h. t.* variamente intesa e dagli antichi e dai recenti scrittori. Vedemmo, che Giavoleno sabiniano dove non tatto fosse adoperato ma gli occhi, non riconosceva propria tradizione. Labeone, l'ardito capo della scuola contraria, sembra che fosse di parere diverso. Non che egli pensasse, come oggi la pensa Savigny, esser propria tradizione ogni qual volta v'è mera possibilità di contatto: ma propria tradizione credeva se il senso degli occhi fosse stato usato. Viene in *d. l. 51* trattata secondo il mio avviso la seguente specie. Colui, che m'avea venduto un mucchio di legna o delle anfore di vino, m'ordinò di prendermele; ed io mandai un custode, che quel cumulo di legna, o quelle anfore insieme raccolte, cominciò a riguardare senza toccare. Qual'è mai il carattere di tale atto del custode? Labeone, pur ravvisando anche negli occhi un proprio atto corporale per le tradizioni, tenta in principio del

[1] Altri testi conformi alla nostra opinione vedremo nel dimostrare, che nella tradizione così detta *brevi manu* non si richiede la presenza della persona intermedia.

testo se debba dirsi in questo caso che il possesso mi sia acquistato col nudo e solo animo; dappoichè io neppur gli occhi adoperai e quella custodia era stata ad altri consegnata. « Quarumdam rerum animo possessionem adipisci nos, ait Labeo: veluti, si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit: simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. » Ma quindi contradice; e conchiude essere tradizione di corpo, resa la ragione perchè a se, Labeone, come ad altri già piaceva potersi acquistare il possesso per mezzo del corpo altrui come istromento. Pertanto Labeone riconosce nel caso una propria tradizione, siccome tale la riconosce quando io stesso custodendo riguardo senza toccare. « Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit: quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet jusserim, custodia tradatur. » Così pensava il capo della scuola de' proculiani; e forse dell' istessa sentenza era il proculiano Celso, che, come vedemmo, nella simile specie della *l. 18*, *§ 2, h. t.* ammette la tradizione nè la dice impropria, come la caratterizzano ripetutamente Giavoleno e Paolo *l. 79, de solut. l. 1, § 21, h. t.* Ma Giavoleno sabiniano, autore della nostra *l. 51*, esposta la opinione di Labeone, aggiunge infine la propria, consona ai suoi principii. Dice, che in verità nulla importa che la custodia io abbia assunto da per me o per mezzo di altri; e che diverso è il nodo della questione. Mentre Labeone segnava il punto della questione nella mia assenza non curando se tatto od occhi fossero usati; Giavoleno invece non cura l'assenza mia, ed in questo secondo punto fissa la controversia, se cioè il cumulo di legna e le anfore sembrino consegnate benchè non prese con mano. « In eo puto hanc quaestionem consistere, an etiam si corpore acervus, aut amphorae adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat. » E cosa conchiude? « utrobique enim *animi quodam genere* possessio erit aestimanda. » Non crede che sia propriamente acquisto di possesso con solo animo, ma neppure che esista il proprio atto del corpo, la

propria tradizione. Insomma scorge una tradizione impropria. Or si confronti questo frammento colla *l. 1, § 21, h. t.* dove sull'autorità dello stesso Giavoleno viene opposto il corpo agli occhi, e questi sono congiunti e paragonati all'affetto; e sarà facile il convincersi, che Giavoleno, eguale a se stesso, ravvisa sempre un'impropria tradizione.[1] Questa sentenza che è ricevuta da Paolo e viene, come vedemmo, ripetutamente inculcata nelle pandette, è certamente la ricevuta.[2]

§ 215.

Si noti intanto a proposito della tradizione, della quale parliamo, la necessità de' suesposti due estremi (§ 211, 212) perchè una tradizione in lato senso sia ricevuta. Esiste certamente un atto corporale, l'uso degli occhi. Esiste la sicura disponibilità per ciò che « a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur » *d. l. 79, de solut.*, e per la vicinanza del fondo consegnato desiderata per l'acquisto nella *d. l. 18, § 2, h. t.* Imperocchè se venga additato un fondo situato sulla vetta d'un lontano monte, che diviso da molte miglia od anche da un braccio di mare si vegga nell'estremo orizzonte, tradizione non avverrebbe. Non si dica che anche se la torre donde viene il fondo additato sia ad esso fondo vicina, pur può avvenire qualche impedimento al futuro contatto, p. e. che altri l'occupi mentre che io dalla torre discendo; perchè, come ben riflette Savigny *pag. 215*, nelle date circostanze questi sono inverosimili casi de' quali non s' ha da tener

[1] Ormai s' intende come a torto CUJACIO creda, che la *l. 51* osti alla *l. 3, § 1, h. t.* ove Paolo stabilisce che il possesso deve acquistarsi coll'animo insieme e col corpo; tanto che secondo lui nella *d. l. 51* converrebbe leggere « corporis quodam genere », grave cangiamento che ha contro di se l'autorità di tutti i codici latini e de' basilici *L. 2, 50, Heimb. V, 53.*

[2] Altre simili facilità de' proculiani in materia d'acquisto di possesso vedi a § 219 e 238. — A proposito poi di quella, della quale abbiamo ora discorso, è da rimarcare che in verità gli occhi tanto da vicino suppliscono il tatto, che anche la media giurisprudenza talvolta negli effetti trattò l'acquisto per mezzo degli occhi come acquisto proprio, § 208.

conto alcuno (§ 211). — Un argomento viene ancora da ciò, che sulla occupazione per via della caccia è stato stabilito. Nella quale richiedendosi ancora l'apprensione, siccome è nella tradizione richiesta, fu per la sentenza de' più ricevuto che acquisto non avvenga appena la fiera sia veduta e ferita; dappoichè molte cose avvenir possono per le quali fallisca la presa, *l. 5, § 1, de a. r. d.*, *§ 13, I. de rer. divis.* — Se però la fiera sia veduta e ferita in tali condizioni da non poter sfuggire, credo che l'acquisto avvenga; onde non si neghi anche allorquando essa giaccia mortalmente trafitta a' piedi del cacciatore. Veramente Maynz *§ 170*, benchè pur esso sia di quelli che non riconoscono nel tatto l'unico ministro de' propri acquisti, esige assolutamente che la fiera venga toccata; ed allega la ragione, che più sia stato dimandato nel sottoporre novellamente una cosa al dominio. Domanderei perchè non piuttosto sia stato domandato maggiormente nel trasferire un potere già acquistato, lo che è certamente più grave. — Si osservi come in *d. l. 5, § 1* venga proposta la questione « Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse *intelligatur*; » si osservi, che coloro, i quali pensavano affermativamente, si esprimevano così « nostram *videri*; » si osservi finalmente come la decisione è concepita « Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam *ceperimus*. » In colui, che guarda la fiera che ha ferito, solo un improprio acquisto è posto nella questione e nella opinione di alcuni; improprietà segnalata colle ordinarie parole « intelligi, videri » ormai troppo spesso ripetute in simili acquisti per poterle credere fortuite. Ma nel caso viene tale improprio acquisto escluso, ed ammesso solo l'acquisto proprio che si fa col *capere* ossia coll'opera della mano. Il testo è concepito interamente secondo le nostre idee, e così si volge contro coloro che ad esse l' oppongono (§ 208, not. 2).[1]

[1] Dalle cose esposte s'intende, che non bene JHERING *pag. 55, n. 2* riprende SAVIGNY per aver l'interdetto *de glande legenda* riportato a quelli adipiscendae *possessionis*, allegando la ragione, che nel punto in cui il pomo cade dal ramo il padrone dell'albero acquista il possesso separato su esso

§ 216.

Ora vediamo di un'altra estensione fatta del proprio concetto dell'acquisto, vale a dire della deduzione dell'oggetto entro uno stabile dello acquirente. È questo caso trattato da Celso *l. 18*, *§ 2*, *h. t.* insieme all' altro, precedentemente da noi esposto, del fondo additato dalla torre. Che se dimostrammo quanto a quest' ultimo che l'opinione ricevuta fu d'una tradizione men propria, molto più si deve credere che simile fosse la sentenza ricevuta nel presente dove non v'è diretta azione corporea. Celso dice « Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim: possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. » Si noti dalle ultime parole come Celso non dissimuli che gran parte dei giureconsulti stava per ritenere qual tradizione propria sol quella che si fa per via di tatto; qualunque pur fosse la sentenza propria di esso proculiano. Più esplicito Ulpiano *l. 9*, *§ 3*, *de jur. dot.* dove or riconoscendo nel nostro caso la tradizione (« non quod ei non traduntur »), ora il caso medesimo separando

---

che è ormai indipendente; di modo che l' interdetto, che egli esercita per ripigliarselo caduto nel fondo altrui, non possa dirsi *adipisc. poss.* Non comprendiamo come il padrone dell'albero acquisti il separato possesso del pomo nel punto in che questo si spicca dal ramo; perchè sogliono i pomi cadere dai nostri alberi senza che noi vediamo, e così manca ogni atto fisico per quell'acquisto. Piuttosto la sentenza di Savigny va ripresa per l'altra ragione, che si concepiva il possesso del pomo per se anche mentre era attaccato al ramo (cf. § 176). Pertanto l'interdetto *de glande legenda* è *retinendae possessionis*. Dappoichè quel possesso del pomo per se, che ora segnalavo, non fu perduto pel cadere di esso pomo nel fondo altrui, mentre non per questo il padrone perdette la custodia nel senso in cui si perde il possesso delle cose mobili, siccome esporremo a suo luogo. Poichè secondo le ordinarie circostanze è da presumere che egli sarà per ripetere l'attuale contatto sul pomo; lo che importa durata di possesso (§ 286). Non si può dire che il possesso sia perduto in quella guisa che si perde il possesso delle cose mobili sottratte da altri. Qui niuna sottrazione avvenne: e perciò secondo gli ordinari eventi è da credere, che il proprietario del fondo in cui cadde il pomo permetterà al proprietario del pomo che se lo riprenda (d. § 286, fi.).

dalla tradizione (« quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? »), non si può intendere che con una ricognizione d' impropria consegna. — Anche nella specie di tradizione impropria, della quale stiamo parlando, ritornano i due estremi da noi fissati come necessari per l'estensione del semplice concetto della tradizione. V' è un atto fisico, tuttochè mediato e indiretto. Imperocchè non v' ha dubbio che l'azione del tatto può esercitarsi per mezzo d'istromento del tatto medesimo, istromento destinato all'apprensione. Se raccolgo de' lapilli con una pala, o piglio una fiera con una lancia, proprio è l'acquisto del possesso. La sola differenza, che corre fra codesti casi e quello di cui trattiamo, è che la mia casa rinchiusa è mio istromento, ma dalla mia mano separato. Ma un fisico atto benchè mediato esiste nello aprirsi della casa per accogliere l'oggetto e consecutivo rinchiudersi della medesima, in maniera simile a quella che suol farsi col pugno. — Per simil ragione se ti donai o vendetti o affittai sassi ovvero creta da scavarsi dal mio fondo, alberi da tagliarsi o togliersi dalla mia selva, tutte queste cose son mie finchè restano unite al mio suolo: ma quando tu scavi o tagli col mio consenso, dice Ulpiano *l. 6*, *de donat.* « quodammodo traditio, quasi traditio facta videtur. » Di nuovo è riconosciuta manifestamente una tradizione impropria, quasi che dal mio pugno siano escite quelle cose e trasferite in te che scavavi, tagliavi, e prendevi. — V' è inoltre la nostra sicura disponibilità, perchè lo stabile dev' esser vicino. La casa qui si prende per domicilio, dunque prossimo; e ciò significa il testo ripetendo « domum *meam*, domum *ejus*. » Bene Windscheid *§ 119, n. 4* traduce *Behausung.* Se ordinai che l'oggetto venisse posto entro una casa che io abbia in altra provincia, p. es. nelle Gallie, non sarebbe alcuna tradizione. E se può operarsi consegna ad un custode che io per avventura abbia in quel sito; lo acquisto, secondo che dichiareremo a suo tempo, per mezzo di altra persona e non da me stesso, qual' è il presente trattato.

§ 217.

Credo che prossima alle suesposte idee sia la disputa di Proculo *l. 55 de a. r. d.* sul cinghiale caduto in un laccio da te preparato. Si propongono al giureconsulto tre quistioni. Se con ciò stesso il cinghiale divenga tuo per occupazione, così che se io lo sciolga e porti meco sembri togliere un cinghiale tuo. Nell'ipotesi che sia divenuto tuo, se cessi di esser tale ov'io lo sciolga e rimandi nel bosco. Parimenti nell'ipotesi che fosse divenuto tuo, e che cessasse così d'esser tuo, qual'azione tu abbia contro di me, e specialmente se tu abbia un'azione *in factum*. Queste sono le questioni proposte a Proculo, ed esso fa diverse distinzioni: Se tu abbi posto il laccio in luogo privato od in pubblico: e se in privato, nel tuo o nell'altrui: se nell'altrui, col permesso del proprietario o senza: inoltre se il cinghiale potesse o non potesse liberarsi col dibattersi. Stabilite tali distinzioni, il giureconsulto non le applica alla spicciolata; ma dice esser la conchiusione, che se il cinghiale pervenne in tuo potere esso era tuo, cessa d'esser tuo per la dimissione che io ne feci, e tu avrai contro me l'azione *in factum* ad esempio di ciò che era stato risposto nel caso di chi l'altrui tazza gettò dalla nave. Voet *ad tit. de a. r. d. num. 4* crede che le superiori distinzioni siano inutili del tutto e superflue. Io non sarei di tale avviso; e spiegherei nel modo seguente. Quando il cinghiale cadde nel laccio da te posto, è con ciò stesso soddisfatto ad uno de'due estremi necessari per dire acquistato a te possesso e dominio senza contatto, cioè esiste l'atto fisico per mezzo d'istromento tuo benchè non posto in tua mano. È tuo il laccio che stava aperto quando vi s'imbattè l'animale e che al cadervi di questo si chiuse, a guisa del pugno.[1] E così è distinto il caso presente da quello trattato nelle *l. 5, § 3, de a. r. d.*, *l. 26, pr. de furt.*,

[1] Altri casi d'istromento del corpo nostro, non situato in nostra mano, vedi a § 241.

§ 14, I. de rer. divis.: ove è stabilito, che i favi dalle api (api non già tue, cf. *§ 2 d. l. 5.*, e Randa *pag. 286 in not.*) posti sul tuo albero, possono esser presi da chicchessia senza che a te faccia furto, ossia che essi favi non sono tuoi. Jhering *pag. 125 seg.* non intende la differenza fra questo e il caso della bestia che cade nel laccio. Ma la differenza sta in ciò che nel caso di favi manca ogni tua azione corporale, mentre nel caso del cinghiale il laccio supplisce, come spiegammo, l'azione del tuo corpo. — Ma non basta l'atto fisico: si richiede la certa disponibilità. La quale come manca nella caccia allorquando molte cose possano avvenire per le quali la fiera sfugga al cacciatore *l. 5, § 1 de a. r. d.*, così manca quando il cinghiale non trovasi impigliato nel laccio in modo da non potersene liberare col dibattersi. Manca del pari se tu ponesti il laccio in luogo pubblico, trovandosi la preda tanto esposta a ciascuno che le si accosti, che in tanto concorso di persone è ben probabile che la tua presa sarà impedita da altrui preoccupazione. Ed altrettanto convien dire se il laccio fu messo in sito privato altrui senza permesso del padrone, per la probabilità che la fiera venga presa dal proprietario del luogo, il quale, per esser stato il laccio posto ingiuriosamente, la ritenga per se anzi che conservarla per conto tuo. [1] Ma se tu situasti il laccio entro la tua proprietà, o nell'altrui ma consentendo il padrone, allora non è punto verosimile che altri preoccupi la bestia. Proculo tratta certamente di laccio posto in fondo vicino, non in uno remoto. Ecco la sicura disponibilità, il complemento de' requisiti per l'acquisto. [2] Pertanto Proculo pro-

---

[1] Caso evidentemente diverso da quello de'pomi caduti dal tuo albero nel fondo del vicino; caso trattato al § 215 not. 1.

[2] Credo che a ragione Randa *pag. 306 n. 30 circa fin.* ed altri desiderino anche per l'acquisto la notizia da te avuta sullo esser stato preso il cinghiale. Meischeider *pag. 307 n. 30, fi.* crede che tal notizia sia irrilevante, invocata la *l. 18, § 2, h. t.* onde si arguisce che l' attual volontà non è necessaria quando vi sia l'abituale. Ma in questo frammento il compratore conosceva in ispecie ciò che veniva importato, mentre simile scienza non esiste in colui che pose il laccio ed altro non sa. La volontà generale non basta per acquistare cf. § 260.

ponendo le distinzioni, benchè non le applichi alla spicciolata, risponde con metodo non nuovo ne' nostri giureconsulti alla prima questione. Quanto alle altre questioni Proculo afferma la perdita del tuo dominio (nell'ipotesi già dichiarata del precedente tuo acquisto) per mezzo della dimissione del cinghiale operata da me; com'è il dritto sulle fiere che si rimettano nella loro natural libertà. E dà l'azione *in factum*, come suol darsi quando si rechi danno ad altri senza però viziare un corpo di sua proprietà. Per significare nel testo, assai concettoso, che questa è la ragione unica per cui accorda tale azione, Proculo aggiunge l'esempio della tazza altrui gettata da alcuno dalla nave; esempio che questa sola simiglianza ha col caso in disputa, che cioè si reca altrui danno senza viziare direttamente il corpo di sua spettanza; mentre del resto è dissimile in questo, che il dominio della tazza non va così perduto *arg. l. 9, § 8, de a. r. d.*

§ 218.

Dalle cose esposte credo che si comprenda qual' essere debba la risposta alla questione, se abbia a dirsi della deduzione entro un fondo rustico quell'istesso che abbiam detto della deduzione in uno stabile urbano. A ragione afferma Pfeiffer *Recht des Kriegserober. pag. 17*, a torto nega Savigny *pag. 204. seq.* Poichè tornano le ragioni medesime. Torna la presenza d'un atto fisico indiretto nello aprirsi del cancello per ricever la cosa e susseguente richiudersi del medesimo, siccome accade del pugno. Torna l'istessa certa disponibilità, supposto sempre che il fondo sia vicino. Si aggiunge a conferma la sopra esposta disputa di Proculo; onde vedemmo che non c'è singolarità di dritto pel caso della casa rinchiusa, ma che si fanno applicazioni anche ai lacci posti in fondo rustico. Pertanto non c'è ragione per cui non si faccia anche applicazione ad un rustico fondo chiuso in maniera, che la cosa ivi recata per comando del padrone di esso fondo non possa secondo le probabilità fuggire se sia animata, od esser da altri occupata.

§ 219.

Sembra fare ostacolo la *l. 3, § 3, h. t.* ove pare che sia negato l'acquisto del possesso sopra una cosa contenuta in un fondo rustico indistintamente, dunque anche in un fondo chiuso; e di questo frammento si vale precisamente Savigny *loc. cit.* È un passo degnissimo di spiegazione. Comincia Paolo col riportare un'opinione di Nerazio e di Proculo. Essi preposero la regola che per l'acquisto del possesso non basta il solo animo, che però può l'azione corporale precedere l'atto della volontà (cf. § 230, e 332) « Neratius et Proculus, et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio »[1] Soggiunsero, che il possesso del tesoro posto in un fondo mio si acquista da me, appena io sappia che vi è, e concepisca l'affetto di posséderlo; poichè così avviene, che, mentre prima v'era secondo essi il rapporto materiale, il presente affetto aggiunge il rapporto dell'animo, e cominciano in questo modo ad esistere ambedue gli elementi necessari per l'acquisto del possesso. Ossia Nerazio e Proculo nella mera esistenza del tesoro dentro il mio fondo scorgevano soddisfatto il requisito del rapporto materiale fra me e il tesoro, sicchè altro più non si aspettasse per l'acquisto che lo accedente atto della volontà « Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero; quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. » Segue Paolo riportando un'altra opinione, che in più antichi tempi, e prima delle nate sette, avean proferito in proposito Bruto e Manilio; che cioè il possessore d'un fondo, ove è un tesoro, possedesse il tesoro ancor prima di saperne la esistenza; di modo che se egli venisse ad usucapire il fondo, perchè non suo per lo innanzi, usucapisse pur anco il tesoro medesimo. E questa seconda

[1] Su quest'ultima espressione, e sulla simile del periodo seguente, che significhino il solo atto o rapporto fisico e materiale ved. § 101.

opinione vien da Paolo immediatamente condannata « Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis in fundo nesciat esse: non est verum. » Due ragioni del condannarla sono da Paolo allegate. Prima perchè il possedere il fondo non porta per ragionevole conseguenza che dunque sia posseduto il tesoro ignorato. E poi perchè se anche il possessore del fondo, che lo usucapisce per esempio col titolo di compra, venga ad aver notizia dell'esistenza del tesoro, neppure in tal caso sarebbe in grado di usucapire il tesoro medesimo; essendo con questo stesso reso consapevole, che il tesoro fu celato nel fondo prima del suo acquisto, della sua compra, da persona a cui esso non è erede, che perciò il tesoro non è suo. Onde la mala fede che in principio del possedere osta all'usucapione;[1] « is enim, qui nesciat, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat: sed et si sciat non capiet longa possessione: quia scit alienum esse. » Finalmente Paolo riferisce che Sabino ed altri dopo di lui la pensavano anche contro quella prima opinione di Proculo e di Nerazio; a quelli esso aggiunge il proprio voto, esprimendosi così « Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse: nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit; quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio. » Pertanto sembra fissato in questo frammento che lo essere una cosa dentro un fondo rustico non basti per compire que' requisiti, che anche negli acquisti impropri di possesso sono necessari per supplire l'atto del corporale contatto, e che ad acquistare il possesso si richieda assolutamente che la cosa venga toccata col rimuoverla dal luogo.[2]

---

[1] Giuste riflessioni sono queste, che sul presente punto del nostro testo fa il SAVIGNY *pag. 212 in nota.*

[2] RANDA *pag. 305 n. 27,* scrive che il giureconsulto parla solo del caso che il tesoro sia sotterrato *in fundo,* dunque in terreno aperto, e dove anche i terzi hanno ingresso. Ma la parola *fundus* non significa terreno aperto, ma e per l'aperto e pel chiuso si usa egualmente. JHERING poi secondo le sue vedute sull'acquisto del possesso (§ 209) crede che la rimozione dal luogo sia necessaria per constatare la volontà. Però, come ben riflette RANDA, per constatare la volontà ben altri mezzi sarebbero bastevoli, p. e. una dichiarazione avanti testimoni.

Cresce la difficoltà quando alla *d. l. 3*, *§ 3*, si accosti l'altro testo di Pomponio *l. 15*, *ad exhibend.*, dove sembra ribadita la stessa assoluta necessità della mozione dal luogo nell'acquisto del possesso del tesoro « Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere cum eum loco non moveris, furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait, quia neque possederis eum, neque dolo feceris, quominus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in fundo esse. »

§ 220.

Quanto alla *l. 3*, *§ 3* credo, che la difficoltà possa essere pianamente diluita purchè si rifletta sul vero motivo, pel quale Sabino, ed altri, e finalmente Paolo, desiderarono la mozione dal luogo. Il motivo era, a mio avviso, perchè la sola scienza, che pur avesse il possessore del fondo sulla esistenza d'un tesoro dentro i confini del fondo medesimo, lasciava del tutto incerto il sito dove quello giacesse. Ciò posto, mancava ogni disponibilità sul tesoro; non solo quella sicura che noi abbiam descritta come necessaria all'acquisto, ma anche l'altra meramente presumibile sulla quale formasi il concetto di quella custodia, che alla ritenzione de' possessi de' mobili, benchè tanto più facilmente ammessa che l'acquisto, è pure per legge indispensabile. [1] Non potendo in quella piena e vasta incertezza del posto contarsi affatto sul ritrovamento secondo gli eventi ordinari. Non più al certo di quello che possa contarsi sulla presa de' pesci i quali trovansi in uno stagno, o delle fiere che vagano in una selva pur circondata da siepi; ora di tali pesci o fiere non è riconosciuto possesso, *l. 3*, *§ 14*, *h. t.* E queste cose sono espresse dà quelle parole del nostro testo « quia non sit sub custodia nostra. » Ora ci si domanderà, perchè dunque Sabino e gli altri e finalmente Paolo non non si contentano per dire acquistato il possesso della circo-

---

[1] Cf. § 302. Applicazione alla ritenzione del possesso del tesoro si fa nella *l. 44*, *pr. h. t.* (§ 286).

la questione sull' esistenza d' un furto, la locomozione era in questo punto tassativamente necessaria per la relativa ricevuta sentenza de' sabiniani.

§ 222.

Or vediamo della tradizione delle merci per mezzo della tradizione delle chiavi di quel magazzino nel quale esse merci si trovano. Tornano Giavoleno e Paolo *l. 1, § 21, h. t.* ad unire alla tradizione « oculis et affectu » quest' altra che ora ci proponiamo di esaminare; e con ciò stesso significano la sua impropietà; improprietà segnalata ancora dalle espressioni « Vina tradita *videri* cum claves cellæ vinariæ emtori traditæ fuerint. » L' improprietà medesima è constatata dalla *l. 9, § 6, junct. § 5, de a. r. d.* (cf. § 208, n. 2), ed anche da Papiniano *l. 74, de contrah. emt.* « Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio *tradita videtur*, si claves apud horrea *traditæ sint.* » Ossia due tradizioni con quell'atto si compiono; una propria delle chiavi, e per mezzo di questa l' altra impropria de' vini, del grano, delle merci. Esistono nella seconda i requisiti soliti per la estensione delle tradizioni. Primieramente l' atto corporale nel tatto delle chiavi; benchè atto meditato. Come ne' casi sopra esposti della deposizione entro la casa, e del laccio, l' atto fisico era mediato dalla parte del subietto agente, del quale la mano veniva rappresentata dall' istromento della casa e del laccio; così nel caso presente l' atto fisico è mediato dalla parte dell'obietto paziente, che è rappresentato dalle chiavi del magazzino, per cui più facilmente di qualunque altro mezzo si perviene al contatto delle merci in esso magazzino contenute. — Esiste in secondo luogo la certa disponibilità, tanto pel possesso delle chiavi quanto per la vicinanza del magazzino. Papiniano *d. l. 74* vuole che i magazzini siano vicini (*apud*): appunto perchè altrimenti molti casi possono intervenire, pe' quali si toglierebbe quella disponibilità che definimmo a § 211. Potrebbe p. e. il padrone de' magazzini mutare gli scontri, o portar via le merci ecc. La vicinanza rende del tutto improbabili questi avvenimenti:

onde essa basta; e non bene diversi scrittori vogliono la presenza de' magazzini contro la ragione e contro le parole di Papiniano. — Dalle dette cose s' intende cosa pensar si debba della denominazione di *symbolica* che gli antichi interpreti dettero alla tradizione di cui parliamo. In quanto allo adempimento del requisito dell' azione corporale le merci sono supplite e rappresentate dalle chiavi; ed in questo senso potrebbe ammettersi che queste siano simbolo di quelle. Ma se volesse intendersi che tutta intiera la tradizione si faccia per mezzo delle chiavi come si farebbe per mezzo delle stesse merci, in quel modo come nelle *legis actiones sacramento* il pelo teneva luogo della pecora, la particella della nave o colonna teneva luogo di essa nave o colonna, la gleba del fondo, la tegola della casa (*Gaj. IV*, *17)*; sarebbe errore. E ciò risulta pur da questo, che colle chiavi non a tutto è provveduto; è inoltre necessaria la vicinanza del magazzino. Ora, spettando propriamente la parola *simbolo* a quest' ultimo significato, mi sembra che dobbiamo affatto astenerci dalla suddetta denominazione degl' interpreti antichi. — S' intende ancora da ciò che esponemmo, come s' abbia a rispondere a coloro che nella nostra questione non comprendono la differenza delle chiavi, idonee ad aprire, dal sasso o tegola del magazzino o da chiavi che non aprano. Se le chiavi fossero mero simbolo, ragione di differenza in verità non esisterebbe. Ma vedemmo che tali non sono; che simboli o meglio rappresentanti possono esser dette solo, in quanto l' azione corporale su di esse supplisce l' azione corporale sulle merci. Ma quell' azione corporea, qualunque essa sia, che anche nelle improprie tradizioni è domandata, dev' esser tale da segnare il principio dell' esercizio dell' attività sulla cosa stessa, perchè altrimenti non sarebbe col possesso di questa in relazione alcuna. Ora nelle chiavi, che aprano il magazzino, ciò si verifica; non nel sasso o nella tegola o nelle chiavi inette a dischiudere. Oltrechè neppur sarebbe soddisfatto all' altro requisito della sicura disponibilità fisica; dappoichè colui, il quale tenesse il sasso ecc., non si troverebbe in alcuna facilità di toccare le merci chiuse nel magazzino.

§ 223.

Si domanda se la tradizione degl' istromenti di compra porti con se la tradizione dell' oggetto, p. s. del fondo, comprato una volta con que'titoli. Affermano Donello *V, c. 9*, Dernburg *§ 152, num. 5*, Jhering *pag. 157*, Meischeider *pag. 251*. Noi sottoscriviamo agli altri molti, che dopo Savigny *§ 16* negano. Siamo mossi dalla *l. 2, C. quæ res pign.* ove il dare in pegno i titoli di compra lascia il pegno de' fondi nella categoria di quelli che *consensu contrahuntur;* nonchè dalla mancanza della richiesta facilità di apprensione della cosa. Fa apparente ostacolo alla nostra opinione il rescritto di Severo e Antonino *l. 1, C. de donat.* « Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere. » Su questo testo qualche recente scrittore, di quelli che nella nostra questione tengono come noi la negativa sentenza, sulle orme di Savigny (in un' aggiunta alla 6ª edizione *pag. 198, seg.*) ha proferito l' opinione che abbia sofferto la mano di Triboniano. Si osserva, che nel caso della *d. l. 1* dovea intervenire la *mancipatio* massime dopo le disposizioni della legge Cincia. Poichè senza la *mancipatio* non sarebbe stato possibile dare una *in rem actio* al donatario contro il donatore: non la *rei vindicatio* per la mancanza del dominio romano; nè la *publiciana,* perchè il donatore avrebbe eccepito il suo giusto dominio, e l' attore non avrebbe potuto usare la replica *rei donatæ et traditæ*, onde non s' incorresse nell' assurdo che nella replica si ripetesse meramente il fatto contenuto nell' azione. S' invoca a conferma di questo raziocinio la *l. 57, mandati.* Un solo caso vien riconosciuto di publiciana utilmente esercitata contro il padrone *ex jure quiritium*, quello di Papiniano *l. 63, de R. V.* Pertanto si crede, che Severo e Antonino trattassero degl' istromenti di donazione, che venivano fatti per enunciarvi come le solennità fossero state nella donazione adempite, e che venivano consegnati al donatario. Severo e Antonino avrebbero rescritto che, provata

la donazione e consegna di questi istromenti di donazione, risultava piena prova della esistenza della donazione medesima. Triboniano avrebbe scambiato gl' istromenti di donazione in istromenti dell' anteriore acquisto del donante.

§ 224.

Non possiamo aderire. Crediamo inesatto, che senza la *mancipatio* non avrebbe potuto il donante esercitare efficacemente la *publiciana in rem actio* contro il donante. Nella opinione che ora confutiamo viene ammesso, che non ostante la regola espressa da Papiniano *l. 16, de public. in rem act.* « exceptio justi dominii publicianæ opponenda est, » pure un caso vi sia di esercizio della publiciana contro il padrone *ex jure quiritium* nella *l. 63, de R. V.* di Papiniano stesso: caso che secondo i raziocinj in tale opinione espressi resterebbe inesplicato. Ma ben altri sei casi trovansi nelle pandette. Uno trattato da Ulpiano *l. 72, de R. V., l. 2, de except. rei vend., l. 4, § 32, de doli mali et met. exc.;* il secondo da Ulpiano stesso *l. 14, de public. in rem act.;* il terzo da Africano *l. 28, de noxal. act.;* il quarto da Papiniano *l. 57, mandati;* il quinto da Paolo *l. 18, § 15, de danno inf.;* il sesto da Giuliano *l. 24, de exc. rei jud.* [1] Certo che il padrone *ex jure quiritium* aveva l' eccezione *justi dominii.* Certo che contro tal eccezione

---

[1] Nel testo della *l. 57, mand.* non si deve leggere « non utiliter » ma « non inutiliter » col CUJACIO e col MOMMSEN; come tutto il discorso, che succede, manifestamente richiede: « cum exceptio justi dominii causa cognita detur (non sempre e indistintamente), neque oporteat eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum, adfici damno. » Ondechè questo frammento anzichè confermare il raziocinio espresso nella riferita opinione, lo combatte. — Che STEFANO *basil. XV. 2, 16, Heimb. II, append. pag. 49,* non parli che del caso della *l. 63,* non può fare ostacolo di sorta. Se pur si volesse render ragione di questa sua parsimonia, si troverebbe in ciò, che Stefano trattando di addurre eccezione al succitato passo di Papiniano *l. 16, de publ. in rem act.* abbia voluto offrire un esempio preso da Papiniano stesso (« τῷ αὐτῷ παπιανῷ ») in un trattato vicinissimo (« εν τῷ ξγ διγ τοῦ προλαβόντος τί »).

non si concepirebbe una replica ove si ripetesse puramente e semplicemente il fatto contenuto nell'azione. Ma ben si concepisce una replica in cui o s' induca un fatto nuovo o si volga particolare ispezione ad un punto speciale del fatto indotto in azione genericamente; precisamente come suol farsi in ogni buona discussione. E questa replica o aveva un nome speciale: o aveva il nome generale *doli mali*, estesissima replica che poteva basarsi anche sul dolo incorso dal reo convenuto nell' usare ingiustamente della eccezione « aut si in ea re aliquid dolo malo Numerii Negidii factum sit, aut fiat » arg. *Gaj. IV, 119*. Un fatto nuovo viene indotto nella replica contro l'eccezione *justi dominii*, p. e. nella replica *rei judicatae d. l. 24*, *de exc. rei jud.* Viene una replica basata sopra speciale riguardo ad un punto pur contenuto genericamente nell' azione publiciana,[1] p. e. nella specie della *d. l. 63*, *de R. V.*, in quella della *d. l. 28*, *de nox. act.*, della *d. l. 57*, *mand.*, e delle *cit. l. 72. de R. V.*, *l. 2, de exc. rei vend.*, *l. 4 § 32*, *de doli mali et met. exc.* A quest' ultima specie sarebbe similissima quella del caso nostro. Il donatario di cosa *mancipi* senza *mancipatio* agisce contro il donatore, padrone *ex jure quiritium*, colla publiciana, mentovando il fatto di aver avuto proprio possesso in seguito di donazione e di tradizione in genere; il padrone eccepisce allegando il suo giusto dominio; l' attore replica ricordando specialmente che la donazione e la tradizione erangli venute precisamente dal reo convenuto. Tutto procede a filo di rigorosa dialettica. — Nè basta. Il rescritto degl' Imperatori, inteso come è in contrario, sarebbe per lo meno concepito con grande imprudenza. Era a quell' epoca in sul formarsi una teoria, in virtù della quale, trattandosi di donazione di *parentes* verso i loro *liberi*, vuoi di cosa *mancipi*, vuoi di *nec mancipi*, l' istrumento di donazione avesse a fare ineccezionabile prova che la richiesta forma di tradizione era stata adoperata *fr. vat. § 268*, *297*, *314*: teo-

---

[1] Nella formula dell' azione si enunciava meramente l' avvenuto acquisto e la seguita tradizione « Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur ex jure quiritium ejus esse oporteret etc. » *Gaj. IV, 36*.

ia compita da Costantino nella *l. 4, C. Theod. de donat.*, come do- 'remo esporre largamente a § 279. È dunque evidente, che con mperdonabile negligenza avrebbero in tale epoca rescritto Se- 'ero e Antonino sopra una donazione fra estranei, che la do- iazione e tradizione degl'istromenti relativi ad essa provas- iero senza meno la donazione e tradizione de' servi (« factam ntelligis »).

§ 225.

Veramente Savigny suppone un' altra interpolazione di Triboniano, che cioè abbia con mal ponderata mutilazione sot- tratto dal testo l'indicazione, che quel Lucio a cui il rescritto è diretto fosse figlio del donatore. E simile è la congettura di Baron *Jahrb. VII, pag. 63.* Ma con tante supposizioni si fini- sce per fare un testo nuovo. Però quanto a Savigny, benchè, come vedemmo, in una nota nella 6ª edizione abbia enun- ciato sospetto sulla interpolazione, pure sempre ritiene prin- cipalmente un' antica interpretazione della glossa, che ha pure per fautori Böcking *Pand. pag. 462, n. 33*, Maynz *§ 170, n. 26,* Windscheid *§ 53, n. 10* ed altri. E questa è la vera; mentre pienamente risponde alla difficoltà, che nella nostra cotrover- sia sulla efficacia della tradizione degl' istromenti di compra veniva formata dalla *l. 1, C. de donat.* Un tale, che avea com- perato de' servi e riteneva presso di se i titoli di tale acqui- sto, dichiarò a Lucio in presenza de' servi, che avea intenzione di donarglieli; consegnò al medesimo anche quegli istromenti di compra; ritenne però i servi presso di se. Quindi, penti- tosi dell' operato, asseriva, che quella non era stata che una mera inclinazione a donare in futuro, non già una vera e pre- sente donazione. Che, quantunque le tradizioni delle cose pre- senti si operino *oculis et affectu*, simil tradizione non era ac- caduta nel caso per mancanza della propria vera volontà. dunque non era quistione se la consegna degl' istromenti inducesse o no tradizione de' servi: la consegna de' servi, se aveva avuto luogo, era quella che si fa *oculis et affectu*. Della consegna degl' istromenti si valgono gl' Imperatori solo per

isciogliere il vero punto della proposta quistione; per riconoscere che vi fu vera e presente volontà di donare; insomma donazione, e tradizione de' servi analoga ad essa.

§ 226.

Dalle cose fin qui esposte sull'elemento corporale possiamo conchiudere essere il medesimo o proprio od improprio. Proprio essere nel tatto. Improprio poi essere o immediato quando si adoperi un altro senso, ossia si formi *oculis et affectu*; o mediato nella deduzione dell'oggetto nella casa o fondo, e nelle speci del cadere del cinghiale nel laccio e dell'acquisto del tesoro ancora non toccato o veduto, nonchè nella consegna delle chiavi del magazzeno contenente le merci.[1]

§ 227.

Fin qui ci siamo occupati di regolari estensioni fatte al primitivo concetto dell'azione fisica nell'acquisto del possesso. Ora vedremo un più grave lavoro fatto in proposito, ossia dei casi ne' quali il dritto nostro ha riconosciuto acquisto di possesso senza que' due estremi, che ne' § 211, 212 vedemmo essere necessari per quelle estensioni regolari. In una parola dobbiamo trattare degli acquisti finti, introdotti per gravi motivi di utilità e di convenienza. A questo trattato spetta quella tradizione che i dottori chiamar solevano *brevi manu*. È un ingiusto detentore di cosa altrui, o giusto ma destituito di dominio p. e. un depositario, un comodatario, un creditor avente pegno. Poniamo che il padrone per esempio o chi vi tenuto per tale, permetta a colui di tenere oggimai la co per diritto di padronanza, in virtù di vendita o donazione o con danna a stima di lite o di costituzione di dote, fatta a favor del medesimo. Con ciò si crede avvenire la tradizione.

[1] Parlando del costituto possessorio spiegheremo la *l. 52, § 2, h. t.* o senza alcun intervento di elemento corporale per parte dell'acquirente sembra ammettersi l'acquisto del possesso.

questa è tradizione finta: perchè vi mancano i due estremi or ora ricordati; e basta, che l' antico possessore, all' epoca che quel permesso gli vien dato, ritenga il possesso con quella disponibilità meramente presumibile che vedremo necéssaria a ritenere i possessi, e di fronte alla quale pur si dice che i possessi son ritenuti *nudo animo.*[1] Onde anche del nostro caso leggiamo che si principia a possedere *animo*, che la cosa si trasferisce *nuda voluntate*, *l. 9, § 9, de R. C., l. 9, § 5, de a. r. d., § 44. I. de rer. divis.* La finzione poi è indicata da Ulpiano *l. 9, § 1, de publ. in rem act.* « pro tradita erit accipienda », da Paolo *l. 8. de pecul.* « si tradidit: aut cum apud eum esset, pro tradito habuit, » da Celso *l. 58, § 1, de jur. dot.* « videri pervenisse » e *l. 62, pr. de evict.* « pro tradita habetur, » e più chiaramente espressa da Gajo *d. l. 9, § 5, de acq. rer. dom.* « sine traditione... tibi eam non tradiderim, » ripetuto da Giustiniano *d. § 44. I. de rer. div.* Ed è per questo, che a formar un furto tale acquisto di possesso non è riconosciuto idoneo, perchè a costituire atti illegittimi le finzioni non sono usate (§ 208) « Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum: non erit

---

[1] Quando Ulp. *l. 9, § 1, de publ. in rem act.* per riconoscer tradizione pel depositario o comodatario o creditore, ora compratore, desidera « si post emtionem apud eum remansit, » non ricerca con quell' « apud eum » che egli si trovi verso la cosa in quello stato di disponibilità perfetta che è necessario nelle tradizioni, solamente improprie. Ma significa la necessità del ritrovarsi la cosa dopo la compra presso il compratore in quella posizione in cui stava presso di lui quando era semplice depositario ecc.: e così quella espressione corrisponde all' altra precedente dell' istesso Ulpiano « rem apud se depositam. » Poichè se per qualche motivo insolito in occasione del comperare egli in esaurimento scrupoloso del suo dovere come depositario avesse realmente restituito; allora sarebbe necessaria una nuova vera tradizione. Tale spiegazione combina colle simili espressioni di Celso *l. 62, pr. de eviction.* « Si rem, quae apud te esset, vendidissem tibi: quia pro tradita habetur etc. », di Paolo *l. 8. de pecul.* « cum apud eum esset, pro tradito habuit, » e di Gajo *l. 9, § 5, de a. r. d.* « patior eam ex causa emtionis apud te esse. » Che Ulp. nella *l. 77, de R. V.* esprima la circostanza « quod etiam in eo agro qui donabatur, fuisset »; era cosa della fattispecie (« Proponebatur etc. ») non assolutamente necessaria per riconoscere la tradizione finta di cui parliamo..

furti actio, si eo absente solutum sit » *l. 43*, *§ 2*, *de furt.*[2] Anzi la finzione viene decritta da Ulpiano nella *l. 15*, *de R. C.* « videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. » E Ulpiano stesso dice nella *l. 3*, *§ 12*, *de don. int. vir. et ux.* » celeritate conjungendarum inter se actionum... actionem occultari: » ossia per evitare inutili circuiti si finge che colui, del quale si crede che ora consegni, abbia preso per lo innanzi e poi restituisca.[3] Ulpiano stesso adopera l'espressione *brevi manu* nella *l. 43*, *§ 1*, *de jur. dot.* Ove tratta veramente di un'altra specie di questa finta tradizione, di quella cioè che si opera non fra due ma fra tre persone, della quale in seguito parleremo; ma quell'espressione adopera precisamente per significare la occultazione degli atti che ha luogo anche nella specie presente descritta, come vedemmo, altrove da Ulpiano stesso.[4]

§ 228.

Alla esposizione, che abbiamo fatto del semplice processo di questa finta tradizione, pare che osti un frammento d'Ulpiano *l. 10*, *de R. C.* Avevo presso di te deposto del denaro; e poichè fin d'allora v'era dubbio che tu in avvenire potessi averne bisogno, ti permisi di usarne *si voles*. Due furono i contratti.

---

[2] Sul seguente inciso « ceterum etc. » vedi § 208 e 221, n. 1.

[3] Di nuovo, riguardata la verità, si dice del supposto tradente « corporaliter ejus (rei) non sim nactus possessionem » *l. 4*, *§ 13*, *de usurp. et usuc.* Ivi « corporalis possessio » si dice per quel possesso naturale senza cui non v'è alcun vero neppur civile possesso (§ 101, 103).

[4] Il *longa manu* espresso da Giavoleno per significare una tradizione impropria, ed il *brevi manu* adoperato da Ulpiano per significarne una finta, troppo corrispondono per poter credere meramente casuale l'uso di ambedue. Manifestano un costante pensiero; che cioè la propria e la vera tradizione si fa colla mano o col tatto. — Nè l'una nè l'altra di quelle due espressioni furono veramente presso i romani tecniche come lo divennero presso i nostri dottori (§ 213 e questo § 227); ma furono dai primi occasionalmente bene adoperate per significare l'improprietà o la finzione. E l'uso tecnico fatto dai dottori essendo esatto e ragionevole viene senza difficoltà adottato da noi; come tante volte e noi ci serviamo e tutti si servono d'altre tecniche espressioni non romane.

Presentemente di deposto; da cangiarsi in mutuo allorquando tu vorrai usare del danaro. Per fare tal cangiamento sembrerebbe bastevole una tua dichiarata volontà; poichè si fingerebbe allora reso da te a me il denaro e da me dato a te nuovamente. Ma Ulpiano si esprime « creditam non esse (pecuniam) antequam mota sit: » sembra richiedere l'atto materiale del trasferimento del danaro. Rispondiamo, che quelle parole sono espresse dimostrativamente in questo testo siccome in altri (§ 220, 221, 336, n. 3). Certo che l'antica espressione di volontà lasciava dubbio quel cangiamento, appunto perchè condizionale *si voles:* onde per farlo realmente accadere era d'uopo di un'altra espressione di volere allorquando si tratta di trasferire in te civil possesso e dominio. Ma la locomozione, ossia traslazione del danaro nella cassa propria, è in questi aggiunti la più chiara e più ordinaria espressione d'animo per parte di chi voglia prendersi il danaro a mutuo: senza però escludere altre espressioni, p. e. le parole. Questa spiegazione è in pieno accordo colla ragione resa del giureconsulto « quoniam debitum iri non est certum. » Infatti nella *l. 9, § 9, eod. tit.*, immediatamente precedente il nostro frammento, Ulpiano stesso trattando di mutuo presentemente e puramente convenuto (cioè che tu ti serva ora del danaro, che in tempo anteriore avevo semplicemente presso te deposto), riportando l'autorità di vari giureconsulti, dice che i danari cadono in mutuo « antequam moverentur. » Appunto perchè qui non era necessaria una nuova dichiarazione o espressione, mentre ve n'era abbastanza nel permesso chiesto ed ottenuto puramente.

§ 229.

Gli autori, che di finte tradizioni non vogliono sapere, negano che sia finta anche questa tradizione di cui ora parliamo; come Savigny *pag. 220, seg.*, Maynz *§ 170*, ed altri. Dicono che qui si acquista possesso e dominio *solo animo* senza alcuna presente tradizione. Che non perciò si viola il teorema sull'acquisto del possesso che s'abbia a fare coll'animo

e col corpo: giacchè l'atto del corpo, ossia la material detenzione, precedette; quando poi sopraggiunge il consenso che il debitore si ritenga la cosa, allora accede la volontà, l'animo. Così si acquisterebbe col corpo precedente, ma col presente animo solo. Condannano poi quell'espressione de' dottori *brevi manu;* o tutt'al più l'ammettono solo come indicatrice del caso, in cui i due elementi d'acquisto non coesistono ma si trovano separati. Allegano i testi, che noi riportammo § 27, dove si dice che l'acquisto si opera « animo, nuda voluntate, sine traditione. » Ed onde non sembri meraviglioso che si acquisti per mezzo dell'atto del corpo precedente e dell'atto dell'animo presente, arrecano il testo nella *l. 3*, *§ 3*, *h. t.* « et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. » Aggiungono ancora, che a questo stesso modo si acquista il possesso quando le cose si consegnano sotto condizione: finchè la condizione è in sospeso, c'è l'atto corporale, ma non quello dell'animo mentre si ritiene a nome di chi consegnò; adempita la condizione, principia ad esistere l'atto dell'animo, e così si acquista il possesso. Recano le *l. 7, § 3, de jur. dot.* e *l. 2*, *§ 5, de donat.*, dove trovano esempi di possesso condizionalmente consegnato; e principalmente la *l. 38*, *§ 1*, *h. t.* di Giuliano.

§ 230.

Già vedemmo come debbano intendersi i testi che parlano di acquisto « animo, nuda voluntate, sine traditione », che cioè debbono riferirsi alla vera e propria tradizione ed agli elementi onde questa stessa risulta. Non piace quella separazione che fanno gli avversari degli elementi necessari allo acquisto del possesso: giacchè nulla può esistere senza la presenza dei necessari estremi. Certo che inconcludentemente viene opposta la *l. 3*, *§ 3*, *h. t.:* poichè non vi si dice precedente l'atto corporeo in quanto che basti, come precedente, all'occupazione del tesoro; mentre quell'atto dura ed è presente anche allorquando sopraggiunge l'animo, cosicchè i due estremi della occupazione veramente concorrono. — Nè

ci muovono gli arrecati esempi di possessi trasferiti sotto condizione. Un esame attento, come lo merita questo punto importante, ci condurrà a scorgere, che ne' tre testi arrecati in contrario non solo possesso non nasce col solo animo senza concorrenza del corpo, ma anzi ne' casi ivi trattati i due elementi di corpo e d'animo nascono contemporaneamente nel punto che si acquista il possesso.

§ 231.

Quanto alla *l. 2. § 5, de donationib.* ho sempre creduto, che essa riguardi una condizione meramente risolutiva. La quale, come negli altri articoli, così nel possesso nulla toglie all'attuale valore ed efficacia degli atti,[1] e lascia evidentemente acquistare il possesso al presente come se essa non fosse stata aggiunta. Dimostriamo la verità di questa nostra interpretazione a quel testo tanto discusso. Dice Giuliano « Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus consul factus esset: sive furente eo, sive mortuo, Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet. » È nota l'opposizione in cui sembra stare Ulpiano *l. 9, § 1, de jur. dot.* » Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis, dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt: quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit: quia pendet donatio in diem nuptiarum: et cum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium, invito eo, fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit: aut si distulerit, vel absit, etiam nolente, vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata. » Secondo me la spiegazione è la seguente. Nel caso di Ulpiano le cose erano state consegnate senza presente traslazione di dominio, ossia con vera sospensiva condizione. Le

[1] Vedi il mio lib. *De obligat. pag. 150.*

parole del giureconsulto sono costantemente espresse in tal senso. Parla di *tradidero* (e non *dedero*); dice che *pendet conditio*. L'atto era inefficace a presente passaggio ed acquisto dei dominio. Anzi neppur valido a farlo passare ed acquistare all'epoca delle nozze posteriormente avvenute. Perchè dominio non passa senza contemporanea cooperazione del padrone: onde, perchè l'atto avesse quella validità, sarebbe convenuto farvi nascere un'obbligazione nel tradente padrone di far dotali le cose all'epoca del matrimonio. Ma ciò non fu convenuto, giacchè non si parlò di veruna obbligazione da costituirsi, e solo di dominio da formarsi *ipso facto* (« dotis efficiantur »). E seppure se ne fosse parlato, sarebbe restato un patto nudo,[1] che prima di Teodosio (*l. 6, C. de dot. promiss.*) non avea virtù di costringere il paciscente ad adempire l'impegno di rendere le cose dotali in avvenire. Pertanto se il dominio non passa all'epoca dell'atto di tradizione, nè potrà passare allo accadere delle nozze in forza di quell'atto medesimo; dunque tale atto resta regolarmente senza alcun effetto, resta inefficace. Se allo avvenir delle nozze passerà il dominio, passerà per un nuovo atto di libera volontà del padrone il quale allora consegnò, o, se esso allora sarà morto, dell'erede di lui. Al prestarsi di tal volontà si fingerà una tradizione *brevi manu*: così passerà il dominio non per l'atto antico ma solo in virtù del presente.[2] Al nostro raziocinio evidentemente corrisponde la ragione allegata da Ulpiano nelle surriferite parole « quia post mortem incipiat dominium discedere etc. ». Solo pel favore delle doti, che tante altre singolarità persuase, Ulpiano, accadendo le nozze, impone all'erede l'obbligo di consentire, e, se nol voglia o nol possa, ammette il passaggio del dominio *ipso jure*. — Ben diver-

---

[1] Nè il patto si sarebbe volto in un negozio innominato per la fatta tradizione; perchè questo si forma quando colui, che ne comincia a risultare obbligato civilmente, riceve, e non quando dà esso stesso; d. lib. *De obligat. pag. 60.*

[2] Su queste teorie spiegheremo § 350 la difficile *l. 2, de public. in rem act.*

samente si deve dire, allorquando ad un atto diretto a trasferimento di dominio si apponga una condizione meramente risolutiva. Poichè effetto di tal condizione è che non ritardi o sospenda il passaggio, ma che, lasciato passare adesso il dominio, lo possa un giorno far ritornare a chi ora lo consegna nel modo che descrivemmo nel libro *De obligation. pag. 152, segg.* Quindi l'atto ha tutta la sua efficacia. Dato danaro così, che il dominio passi ora nell'accipiente, ma abbia ad esser reso al tradente se Sejo non sarà fatto console; allo avvenire del consolato di Sejo non si richiederà verun atto di nuova volontà di esso tradente o del suo erede, onde il dominio, che fino a quel punto fu risolubile, diventi irresolubile; ciò operandosi per la sola virtù di quell'atto antico. E di questo caso tratta Giuliano *d. l. 2*, *§ 5, de donat.* Veramente le parole, adoperate nella fattispecie presentata a Giuliano, erano ambigue. Mentre Ulpiano parla costantemente di condizione sospensiva, siccome vedemmo; Giuliano parla in modo che dalle sole espressioni non s'intenderebbe a qual condizione la sua fattispecie abbia a riferirsi. Perchè mentre da una parte era adoperata la parola *dederit* (non già il solo *tradiderit*), che significa propriamente attual passaggio di dominio e così importa la condizione meramente risolutiva; dall'altra parte era detto che la pecunia *mea fieret, fiet* quando Sejo sarà console, lo che strettamente inteso escluderebbe quell'attual passaggio e accennerebbe a condizione di diversa natura. Se non che è da ricordare, che Giuliano stesso fu l'autore dal teorema, indi ricevuto, che in simili consegne aventi relazione ad un evento futuro si debba sempre credere eseguito attualmente il passaggio del dominio, ossia apposta condizione meramente risolutiva, se non si provi evidentemente il contrario, *l. 1*, *§ 2*, *pro dote, fr. vatic. § 111, l. 8*, *de jur. dot.* Teorema che si spiega precisamente colle cose da noi sopra esposte, combinate colla regola di dritto che gli atti si debbano interpretare così che siano piuttosto utili che inefficaci *l. 12*, *de reb. dub.* Quindi Giuliano nell'ambiguità suddescritta, e mancando la evidenza per la eccezione, applica la regola sua. Attribuisce al *dederit* la propria significa-

zione; e piuttosto piglia impropriamente il *fieret* o *fiet*, intendendolo così, che allo avvenire del consolato di Sejo il dominio diventasse irrevocabile. Accezione non irragionevole; specialmente se si pensi come la giurisprudenza fosse inclinata a riguardare nelle donazioni un dominio trasferito con condizione risolutiva come dominio manchevole in se stesso ed imperfetto (*d. lib. De oblig. pag. 154 segg.*) Accezione non nuova; chè un probabile esempio ne notammo in Ulpiano *l. 18, pr. de R. C. (De oblig. pag. 74, n. c.)*, ed uno sicuro in Varrone *de l. l. lib. 65, edit. Gothofr. (De oblig. pag. 35)*, ed altri ne troveremo nella *l. 40, de a. r. d.* d'Africano discepolo di Giuliano, e nella *l. 45, de usuris* di Pomponio (§ 359, 362). — Così si spiéga perchè Giuliano nello esporre il fatto marca la circostanza, che l'atto fosse stato fatto senza stipulazione. Perchè se fosse stata aggiunta stipulazione, ove le parole sogliono prendersi in senso stretto e proprio, sarebbe stato necessario guardare un po' più addentro nell'espressioni in essa adoperate. Se p. e. fosse stato detto: *Restitues meam pecuniam si Sejus consul non erit?* la parola *meam* farebbe credere che si fosse trattato di condizione sospensiva, e la decisione sarebbe stata del tutto differente. — Torna dunque quel che in principio di questo paragrafo dicevamo, che Giuliano tratta di condizione risolutiva, e quindi che male viene dagli avversari allegato ad esempio di possesso non presentemente acquistato nell'atto della tradizione e del fisico operare.

§ 232.

Con ciò, che dicemmo esponendo la *l. 9, § 1, de jur. dot.* di Ulp., corrisponde perfettamente l'altro testo che ci viene opposto nella *l. 7, § 3, eod. tit.*, pur esso di Ulpiano. Poichè fattavi la distinzione se le cose siano state date ad intuito di future nozze affinchè divengano subito dell'accipiente (condizione risolutiva), o perchè lo divengano a nozze accadute (condizione sospensiva); soggiunge, che, non seguite le nozze, nel primo caso si eserciterà dal dante un'azione meramente personale per la ripetizione, nel secondo la *rei vindicatio*.

Anzi, che nel secondo caso la *rei vind.* potrà esercitarsi anche prima che si sappia che le nozze non sono avvenute; precisamente per la nostra ragione, che in tale caso l'atto della tradizione fu del tutto inefficace. Facendo però il solito eccezionale riguardo al favore delle doti; per cui in tale ipotesi concede contro il vindicante un'eccezione *doli* o *in factum* — Or bene che diremo quanto al possesso ne' casi trattati da Ulpiano nelle due leggi suddette, ove le consegne, fatte sotto condizione sospensiva, non trasferirono presentemente alcun dominio, e regolarmente l'atto era quanto ai diritti inefficace? Che ne diremo negli altri casi, ne' quali venga sotto condizione parimenti sospensiva consegnata una cosa, però siasi trattato di generare nel tradente l'obbligazione personale di far diventar la cosa dell'accipiente in vista della ipotesi di verificata condizione (cf. per es. *l. 8. pr. vers. Quod si pend. cond. res, de peric. et comm. rei vend.)*; casi ne' quali il dominio pur non nasce presentemente ma l'atto ha certamente efficacia e valore? Diremo che neppure il possesso passò affatto nell'atto della consegna, o che passò, ed in qual modo? — Io credo, che il possesso naturale passò immediatamente nell'atto di tale consegna. Perchè quantunque sia vero, che prima dell'eveniente condizione, e (quando sia necessario) prima del nuovo consenso del tradente, l'accipiente tenga come istromento di questo quanto all'interesse che costui ha sulla cosa qual perseverante padrone di essa; pure ciò non toglie che ei s'intenda tenere a conto proprio quanto è necessario per un proprio possesso. Giacchè per questo basta anche la volontà di fare il proprio dovere, e di curare la propria responsabilità (§ 48): oltrechè anche in vista di propria utilità ei tiene, in considerazione cioè della possibilità di que' futuri eventi favorevoli ad una nascita di suo dominio. Questo possesso non è civile, perchè non atto ad usucapire per mancanza di presente animo di dominante, e di titolo puro e semplice secondo la *l. 2, § 2, pro emt.* ed altri testi che verranno da noi citati al § 526, n. 1; nè munito d'interdetti che sono conservati al tradente tuttora padrone giusta la regola esposta § 65. Pertanto fin dalla tradizione nacque

un possesso contemporaneo all'atto fisico della presa della cosa. Allorquando poi esista la condizione, e (quando sia necessario) il consenso nuovo del tradente; allora comincerà un possesso civile; ma, come vedemmo § 231, si opera allora una finta tradizione, nella quale imparammo dai nostri giureconsulti in qual modo si trovi una supposta fisica operazione.

§ 233.

A cotesto civil possesso, che in tali consegne nasce non immediatamente ma solo al verificarsi della condizione secondo le cose suesposte, spetta la enunciazione generica del secondo periodo della *l. 38*, *§ 1*, *h. t.* « hoc amplius existimandum est, possessiones (ossia *possessiones civiles*, antonomasticamente secondo il costume, § 102) sub conditione tradi posse, sicut res (sottintendi *ex causa dominii*, § 421) sub conditione traduntur (son consegnate le cose all'effetto che dominio debba esser costituito al verificarsi della condizione), neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit. » — Il primo periodo, così concepito « Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset: non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit, » tratta apertamente un caso speciale di una impropriamente detta condizione, cioè *in praesens concepta* (« si fundus ipsius esset »): come di una impropria condizione, cioè d'una condizione *quae inest* (se non vi sia errore sostanziale nell'atto) parla anche Ulp. *l. 34*, *pr. vers. sed non*, *h. t.* (§ 295, fi.). Ora queste condizioni impropriamente dette non hanno forza alcuna sospensiva (*De oblig. pag. 163*, *179*). Secondo la natura della *res gesta* e la volontà degli agenti, o già sta che il fondo sia di quel tale, che l'atto sia scevro di sostanziale errore, e fin dalla consegna sarà nell'accipiente civile il possesso; o già sta che il fondo non sia di quello, che error sostanziale esista, e fin d'allora sarà in esso un possesso meramente naturale. Ma sia possesso civile sia naturale, sempre nasce insieme alla consegna e al relativo atto fisico. — Così è dimostrato il

nostro assunto, che cioè ne' testi in contrario allegati mai caso si rinviene, in cui l'elemento della volontà per l'acquisto del possesso trovisi non dico scompagnato del tutto ma pur nato in epoca posteriore all'elemento corporale.

§ 234.

Alle finte tradizioni che si fanno fra due persone, tradizioni delle quali abbiamo discorso, sono simili le altre che han luogo fra tre persone. Un esempio è, se io creditore imposi al mio debitore di pagare ad un terzo. Si finge che il debitore paghi a me, io dia al terzo. Onde è che se al terzo sia stato dato così, che abbia a dare o fare qualche cosa, e poi non dia o faccia; a me compete la *condictio ob causam datorum*. E se l'affare fu fatto nella falsa opinione che quel terzo fosse mio creditore, spetta a me la *condictio indebiti*. Quindi è ancora, che se per qualche ragione la legge dichiara nulla una tradizione diretta fra me e il terzo; sarebbe nulla nel caso nostro la seconda parte della finzione che a questa tradizione corrisponde, e non la prima che non le corrisponde. Così se io fossi uno de' conjugi, e quel terzo l'altro conjuge, e quell'affare si facesse allo scopo di donazione di me verso esso terzo; risulterebbe liberato il debitore mio, il denaro diverrebbe mio, e tale rimarrebbe, *l, 3. § 12. de don. int. vir. et ux.* — Un altro esempio di queste tradizioni è, se io allo scopo di donarti depongo presso un terzo colla legge che a te restituisca. Si finge che io consegni a te, tu al terzo; e tu contro questo hai la relativa azione utile di deposito in forza della *l. 8. C. ad exhib.* (§ 124 no 1.) — Alcuni autori in tutti questi esempi vogliono, come necessaria, nell' atto della tradizione la presenza della persona intermedia, che si crede prender da uno e dare all'altro. Tale opinione è difesa largamente da Voet *ad tit. de R. C. num. 5*; e piace a Savigny *pag. 199*, il quale in tutte le tradizioni crede sostanzialmente richiesto dai romani che l'oggetto fosse alla presenza del tradente e dell'accipiente. Qui riferiscono il testo di Papiniano *l. 31, § 1, de donat.* Una madre, mossa da liberalità verso la

figlia, all'infuori della dote depositò alcune speci presso il marito di questa. Dice il giureconsulto « Filiae, quae *praesens* fuit, donatas; et ab ea viro traditas videri. » Aggiungono il testo di Ulp. *l. 43*, *§ 2*, *de furt.*, di cui noi ci occupammo § 208. 221, n. 1, 227. Credevo per errore nella persona di dover a te, che ben sapevi di non essere mio creditore; mi deleghi ad un terzo; a questo io pago. Chi, sapendo, prende l'indebito da colui che sbaglia nella persona, contrettando il danaro o la cosa data per pagamento, con ciò stesso fa furto. Lo fai tu nel caso? Lo commetti se in te si ritrova contrettazione: diversamente, se in te contrettazione non si rinviene. Ora Ulp. afferma l'esistenza del furto nel caso che tu sii stato presente al pagamento, la nega nel caso della tua assenza da tale atto. Quindi conchiudono la necessità suesposta della presenza dell'intermedia persona.

§ 235.

Mi atterrei alla contraria opinione. Il fondamento e la giustificazione delle tradizioni finte consiste in ciò, che non si debba servire alle regole della tradizione in maniera da incorrere in circuiti inutili; che si debbano questi sopprimere così che le cose per retto tramite si conducano al punto dove si troverebbero se tali circuiti fossero fatti. Ma tal ragione e fondamento, lungi dal cessare nel caso che l'intermedia persona sia assente, crescono invece; perchè i circuiti sarebbero più incomodi in vista de' trasferimenti che converrebbe fare per compierli. Chiaro è il testo nella *l. 9*, *§ 8*, *de R. C.* Pone Ulp. sull'autorità di Aristone le regola, che se io tuo procuratore ho a nome tuo dati a mutuo danari miei, tu acquisti la *condictio* (e perciò acquisti prima il dominio), anche se ciò feci « absente te, et ignorante; » ossia nella tua ignoranza attuale, come ottimamente spiega Savigny. Aggiunge Ulpiano aver Giuliano approvato la regola di Aristone per la ragione, che per dare danaro a mutuo sogliamo quotidianamente imporre ad un terzo che dia il suo danaro al futuro nostro debitore. Con che si compiono due contratti di mutuo, fra noi come

mutuatari e quel terzo, fra noi come mutuanti e quel nostro debitore; e ciò per via di finte tradizioni. Così è in questo testo manifestamente esclusa la necessità della presenza dell' intermedia persona. — Nè ostano i testi di Ulpiano e di Papiniano, citati in contrario. Ulpiano nella *d. l. 43*, *§ 2*, *de furt.*, siccome vedemmo ne' paragrafi sopra ricordati, si deve spiegare così: Le tradizioni della natura di quelle di cui ora ci occupiamo, dove figura una mera finzione (che la persona intermedia abbia preso e poi dato), non valgono all' effetto di costruire il furto. Pel furto è ricevuto che sia necessaria la contrettazione. Ma nel caso d' Ulpiano, nel quale tu eri presente al pagamento, non si rimarrebbe in quelle tradizioni finte, mentre eravi una tradizione *longa manu* ossia *oculis et affectu;* e l'uso diretto del corpo troppo evidentemente suppliva la contrettazione per poter negare il furto. Pertanto se l' intermedia persona, che si crede prender dall' uno e poi dare all' altro, si trovi presente con questi due all' atto della tradizione; sembra essa stessa prendere *oculis et affectu,* e poi sembra il terzo prendere da essa in egual forma. Ciò posto, si spiega ancora l'altro testo di Papin. *l. 31*, *§ 1*, *de donat.* preso dal *lib. 12*, *responsor.*[1] Tratta il giureconsulto della specie a se proposta; qual' era, che la figlia, ossia la persona intermedia, era stata presente, onde non si trattava della nostra tradizione *brevi manu*, ma dell'altra *longa manu.* Papiniano nel narrare la specie ricorda tale circostanza, appunto perchè in quella specie essa determinava questa tradizione; ed il giureconsulto intende riconoscere questa stessa impropria tradizione allorchè dice « traditas videri respondi. »[2]

§ 236.

Ma se non pregiudica alla tradizione l' assenza di quella intermedia persona, ben le pregiudica la sua assoluta igno-

---

[1] Una parte di questo responso trovasi ne' *fragm. vat. § 254.*

[2] Paolo *V, 11, 1,* Papin. *l. 41, de mo. ca. don.* affermano ancora, che la presenza di alcuno, a nome di cui vien dato, fa sì che si ritenga che dia esso stesso; affermano la tradizione *oculis et affectu;* non perciò negano che in altri aggiunti possa esservene un' altra, *brevi manu:* insomma non fanno che ciò chè vien fatto da Paolo nella *l. 1, § 21, h. t.*

ranza dell'affare. Poichè, come dicemmo, le operazioni di dritto civile, che andiamo esponendo, furono fatte per supplire alla mancanza del corpo e non a quella dell'animo (§ 210); l'animo ha da essere in verità. Questa riflessione spiega la nota apparente antinomia fra' due testi di Papiniano *l. 32, § 1, de neg. gest.* e *l. 25, pr. depos.* Nella *d. l. 32, § 1, de neg. gest.* Pap. in un caso, che lo sposo per donare alla sposa avea deposto delle cose presso la madre di questa colla legge di renderle alla medesima, accorda bensì alla figlia contro la madre l'azione *negotiorum gestorum*, perchè la madre ebbe l'animo di far negozio per la figlia (lo che basta per ravvisare il quasi contratto fra esse); ma nega l'azione di deposito. Ciò che importa la mancanza d'acquisto di dominio alla figlia per mezzo dell'atto suddescritto; perchè altrimenti si darebbe per dritto eccezionale almeno l'azione utile *depositi* (§ 124, n. 1, 234). Per converso nella *d. l. 25, pr. depos.* nel caso di un sposo, che per donare alla fanciulla depose presso il padre che l'aveva emancipata (senza questa circostanza non si potrebbe parlare di azioni tra figlia e padre), dà l'azione di deposito alla figlia contro il genitore o, che equivale, contro l'erede del medesimo. Omettendo diversi altri tentativi che sono stati fatti per interpretare; credo, che la difficoltà sia sciolta da poche parole che si trovano in ambedue i frammenti. Nella *l. 32, § 1* si dice, che, il fatto avvenne « ignorante virgine, » ed ecco perchè non potè dirsi per mezzo della finta tradizione acquistata a lei la proprietà secondo la massima or ora enunciata; e perciò non potè applicarsi la eccezione fatta alla regola del non doversi contrattare per altri. [1] Al contrario nella *l. 25, pr.* si dice « res oblatas puellae », e così viene da Papiniano segnalata la scienza della fanciulla; la tradizione finta non trova impedimento; la proprietà è acquistata; e il mentovato dritto eccezionale è del tutto applicabile.

---

[1] A dare l'azione *depositi* non persuadeva l'altra ricevuta eccezione, che cioè gli ascendenti possono contrattando a favore dei loro discendenti far le parti dei medesimi; perchè qui la madre non faceva le parti di acquistare il dritto, ma anzi di subire l'obbligazione.

§ 237.

Non debbo lasciare questo trattato sulle tradizioni finte senza fare una osservazione molto importante. A tutto questo sviluppo di tradizioni finte non si arrivò di colpo; esso fu formato mano mano dai giureconsulti. Trattandosi di finzioni si procedette lentamente, e, quando le più facili furono ammesse, si passò alle più complicate per opera della giurisprudenza più mite. Di ciò abbiamo un argomento in *Gaj. III, 129.* Dovevo a te per causa di compra, di conduzione, di società: si conviene che cominci a doverti invece per causa di mutuo. Per eseguir ciò fu necessario introdurre le obbligazioni letterali; vale a dire conveniva fare la *transcriptio a re in personam* ne' libri del creditore; dovevi tu scrivere nella parte dello speso, del numerato, il nome mio, quasichè mi avessi dato a mutuo. Così il mutuo consisteva. Onde risulta, che anticamente non si ammetteva tradizione finta che importasse due trasferimenti di dominio; quante appunto ne avrebbe importate nel caso. Perchè io, che dovevo per compra ecc., ero padrone del danaro, come sempre simili debitori sono padroni dell'oggetto dovuto. Onde se fingessimo che, fatta da me la richiesta di mutuo, il danaro mi venisse dato e così contratto il mutuo; prima fingeremmo il dominio passato da me in te creditore mio, e poi da te ritornato in me. Se tali finte tradizioni complicate fossero state anticamente ricevute, non sarebbe stato punto necessario invocare quella forma della trascrizione, ed introdurre quella obbligazione letterale; il mutuo si sarebbe formato con esse tradizioni. Introdotta quella obbligazione letterale, quando non erano in uso le dette tradizioni, rimase, come suole accadere, anche dopo che le medesime vennero ricevute. Tracce di questa antica esclusione di tradizioni finte, contenenti due passaggi di dominio, si trovano ancora nelle pandette. Così credo che si spieghi la celebre contradizione fra Ulpiano *l. 15, de R. C.* ed Africano *l. 34, pr. mandati.* Mandai a te di esigere da un mio debitore; esigesti: fin qui era contratto di mandato. Ora domandi di tenere questo danaro a mutuo; io concedo. Secondo Ulpiano,

sembra che tu abbia dato il danaro a me, ed io a te; così che il contratto di mutuo, reale com'è ed importante il passaggio di dominio, nascerebbe: « cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. » Africano, fatta la stessa specie, nega il mutuo, riconosce perseverante il mandato. Tentamenti di conciliazione sono stati fatti moltissimi. Ricorderò coloro, che credono nel caso di Africano constare della tua domanda, non della mia concessione. Ma vedremo, che Africano invece ammette il patto convenuto: nega, che questo basti alla formazione del mutuo. Ricorderò quegli altri, che esigendo la presenza personale nelle tradizioni finte, la ritrovano nel caso di Ulpiano, non in quello di Africano. Ma quanto a costoro basti osservare il silenzio di questa circostanza nella lunga discussione proposta da Africano. Miglior avviso è di quegli scrittori che negano la possibilità di ogni conciliazione assoluta. Ed è mio avviso, che Ulpiano abbia riconosciuto le tradizioni finte anche se includessero due traslazioni di proprietà; ma non le abbia riconosciute Africano. Ciò s' intende dal testo di questo secondo. Comincia Africano col dare la ragione di decidere « Respondit, non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse. » I contratti anteriori (significa) non si sciolgono se non coi modi dalle leggi ammessi, nè si compongono contratti nuovi se non ne' modi riconosciuti parimenti dalle leggi. Ora nella fattispecie era stato formato il mandato: frai modi di sciogliere il mandato o altro consensual contratto, non c' è quello del nudo consenso a cose non intere, e le cose non erano intere nel caso. Se con quel nudo consenso nascesse mutuo, allora il mandato sarebbe disciolto per via di novazione, modo legittimo di finire le obbligazioni. Ma alla nascita del mutuo osta che questo contratto reale non si forma col consenso solo. Ciò preposto, Africano si fa due ragioni di dubitare, e risponde alle medesime. La prima è nella tradizione finta, per cui sembra al consenso accedere anche la consegna: ed infatti, aggiunge Africano, se avessi deposto presso te e poi convenuto

che la depositata somma *credita fiat*, sarebbe mutuo. Risponde « tunc (in questo caso del depositario) nummi, qui mei erant, tui fiunt. » Il non loquace giureconsulto significa con queste poche parole, che nel caso del depositario fingiamo una sola traslazione di dominio. Fingiamo cioè che tu depositario abbia reso a me deponente padrone, e che poi io abbia dato di nuovo a te: ora nella prima parte della finzione non è compresa traslazione di proprietà che sempre era rimasta di me deponente, ma è compresa solamente nella seconda parte: non si presenta che un solo passaggio di dominio da me a te. Diversamente nella fattispecie proposta, dove i trasferimenti di dominio sarebbero due. Infatti allorquando il mandatario esigette il danaro in seguito del mandato, esso danaro divenne suo; siccome diventano del procuratore tutte quelle cose che esso prende *ex causa dominii* in esecuzion del mandato, *l. 59, de a. r. d.* [1] Se quando esso dimanda il danaro a mutuo, questo nuovo contratto venisse riconosciuto, dovrebbero fingersi due trasferimenti di proprietà: dal mandatario padrone al mandante e da questo di nuovo a quello. Ciò ricusa Africano. — La seconda ragione di dubitare, che si fa questo giureconsulto sussumendo contro la risposta data alla prima con egregio ordine di ragionamento, consiste in un altro caso di ammesso mutuo. Se io imposi ad un mio debitore di pagare a te che mi dimandavi danaro a mutuo, è ricevuto che mutuo si formi: benchè due siano le traslazioni di dominio che si fingono; dal debitore a me, da me a te. A questa ragione di dubitare risponde Africano, esser questa cosa benignamente ricevuta; intendendo di ricordare la massima, che le anomalie ricevute per benignità non debbono trarsi ad esempi e coseguenze « id enim benigne receptum est. »

---

[1] Imperocchè secondo il rigore del diritto ed anche nella frequenza degli avvenimenti (e il rigoroso Africano si ferma a queste considerazioni), s'intende e vuole che il dominio passi nel procuratore (cf. § 258, n. 4). Ciò non impedisce, che per ricevuta giurisprudenza si possa anche far sì, che il dominio delle cose consegnate al procuratore passi immediatamente nel mandante. Così il CONNANO ed altri dopo esso, conciliano la *d. l. 59, de a. r. d.* colla *l. 20, § 2, eod. tit.*

§ 238.

Adunque Africano non riconobbe in massima tradizioni finte contenenti due traslazioni di dominio; e il suo assunto difese, certamente contro altri giureconsulti, ai quali invece accedette Ulpiano più mite. La stessa contradizione fra Africano ed Ulpiano si riaffaccia in altra specie. Hai bisogno di danaro; me ne domandi a mutuo. Io manco di danaro, ma ho un piatto di metallo prezioso; te lo do ondè tu lo venda come mio procuratore, e quindi ritenga il prezzo a titolo di mutuo. Volemmo così principiare col mandato, che poi venisse novato e volto in mutuo. Avrà valore questa nostra volontà? E quando tu avrai venduto il piatto, si potrà riconoscere il mutuo nella ritenzione che farai del prezzo? Afferma Ulpiano *l. 11, pr. de R. C.* « puto (con questa parola è indicata la controversia degli autori) mutuam pecuniam factam. » Osta nuovamente Africano, il quale nella *d. l. 34 pr. mand.* di questo caso fa un argomento per la risoluzione da se data all'altro sopra trattato; nega il mutuo per la doppia traslazione di dominio, che converrebbe fingere, da te come mandatario a me, da me a te come mutuatario. — Non basta. Vedemmo, che se il marito comandi al suo debitore di dare alla moglie, e ciò per causa di donazione, la finta tradizione, come voluta, sarebbe come se il debitore dasse al marito, il marito alla moglie, importerebbe due traslazioni di proprietà. Certo che questa voluta tradizione non può essere valida all' effetto di formare la donazione frai coniugi perchè questa è proibita dalle leggi; ma vedemmo (§ 234) che Ulpiano sull' autorità di Celso *l. 3, § 12, de donat. int. vir. et ux.* la riconosce valida per l' effetto che il debitore sia liberato dal creditore marito. Osta la *l. 38, § 1, de solut.* che quella voluta tradizione dichiara invalida per intero. E questo frammento è di Africano. — Secondo una mia congettura, forse già all' età di Africano, e prima ancora, tutta la scuola proculiana aveva principiato ad ammettere queste finte tradizioni con doppio passaggio di dominio. Poichè sabiniani

sono Gajo ed Africano, presso i quali abbiamo trovato più o meno marcate le traccie della diversa sentenza. Per converso abbiam veduto, che Celso proculiano benchè precedesse l'età di Africano, pure nella specie di chi imponeva ad un suo debitore di pagare ad un terzo riconosceva tradizione non solo in causa di mutuo (dove anche Africano accettava la ragione di benignità) ma anche in causa di donazione, *d. l. 3, § 12, de donat. inter vir. et ux.:* benchè tuttora dubbioso « videndum esse, ne dici possit. » Anche nella *d. l. 11, de R. C.* Ulpiano, proseguendo il suo trattato, cita Nerva proculiano. Nelle *l. 58, § 1, de jur. dot., l. 62 pr. de evict.* ritroviamo Celso che ammette la finta tradizione in altre speci che offrono due trasferimenti di proprietà. [1] — Nei digesti la negativa non si trova che presso Africano. Basti citare Meciano, giureconsulto posteriore ad Africano, il quale nella *l. 65, § 4, ad S. C. Trebell.* riconosce la tradizione quando il fidecommissario domandi al fiduciario, che le cose a se pel fidecommesso dovute consegni a colui al quale esso le avea vendute. Si finge che dal fiduciario sia stata fatta la restituzione al fidecommissario, e che costui abbia trasferito nel suo compratore; doppia traslazione di proprietà. [2]

§ 239.

Finqui abbiamo discorso dell'elemento corporale nell'acquisto del possesso: ora conviene che parliamo dell'elemento dell'animo. Breve sarà questo trattato: giacchè sull'indole di questo elemento già largamente dicemmo nel capo primo. — L'animo dev'essere diretto ad acquistare il possesso, ossia a principiare sulla cosa l'azione non momentanea, ed esclusiva. — So-

---

[1] Anche in finzioni di minor conto, dove non accadono due trasferimenti di dominio, troviamo i proculiani primi ad ammetterle, *l. 9, § 9, de R. C.*

[2] D'un'altra finta tradizione che vien nominata *constitutum possessorium*, simile a que' casi di tradizione *brevi manu* compita fra due sole persone, che abbiamo esposti sopra, parleremo trattando dell'acquisto di possesso per mezzo dei procuratori.

vente si deve riguardare all'animo per decidere se l'atto del corpo sia tale quale vedemmo necessario pel nostro acquisto. Per esempio se in seguito della compra di un fondo il compratore coll'animo di diventar possessore ed esercitare la proprietà vi mieta il grano; quest'atto fisico prende certamente il carattere necessario per l'acquisto suddetto. Ma se un ladro taglia il grano e se lo porta via, quest'atto non assume quel carattere, appunto perchè diretto dall'animo di appropriarsi il frutto ma non di acquistare il possesso del terreno. — La necessità dell'intervento dell'animo nell'acquisto del possesso spiega l'apparente antinomia fra la *l. 1*, *§ 2*, e la *l. 14*, *§ 1*, *de peric. et comm. rei vend.* Venduto del vino in botti, sogliono i compratori sigillare le botti stesse, non affinchè s'intenda così fatta tradizione, ma affinchè non accada ciò che troppo facilmente e troppo frequentemente accadrebbe, che cioè senza potersene avvedere venga cangiato il vino. Quindi è che tale apposizione di segni non si tiene per tradizione, *d. l. 1*, *§ 2*. Al contrario se vengano segnate delle travi vendute, non s'intende ciò fatto per evitare una mutazione facilmente celabile, che in tali oggetti è probabile appena; ma per consegnare. Perciò tradizione si crede fatta, *d. l. 14*, *§ 1* — Parimenti colla necessità dell'animo, Savigny *pag. 205*, *seg.* e Randa *pag. 302*, *n. 23* spiegano esattamente la *l. 30*, *pr. h. t.*, dove Paolo dice « Qui universas ædes possidet: singulas res quae in ædificio sunt, non videtur possedisse: idem dici debet et de nave, et de armario. » Così Paolo; benchè l'induzione nella casa nostra sia, siccome esponemmo, un modo di acquistare il possesso, *l. 9*, *§ 3*, *de jur. dot.*, *l. 18*, *§ 2*, *h. t.* La ragione si è, perchè chi acquista il possesso della casa, della nave, dell'armario, può ignorare quel che vi è contenuto; onde per ciò solo che acquisti quel possesso non può dirsi che entri nel possesso delle cose contenute. Gl'interpreti greci intesero la *d. l. 30*, *pr.* dei singoli materiali onde un edificio è composto (« τὰς κατὰ μέρος ὕλας » *basil. L. 2, 28, Heimb. V. 51.*); come anche la glossa e la maggior parte dei recenti. Ma bene Savigny nota esser cotesta una forzata spiegazione del testo. Aggiungo, che negli

esempi allegati da Paolo di altri continenti mobili, cioè della nave e dell'armario, non sarebbe buona la sua generica negazione (§ 199). — Se siasi incorso errore nel corpo della cosa (credevo che mi venisse consegnata una cosa, ma un'altra era consegnata realmente); si può in me riconoscere un possesso naturale sulla cosa che m'è stata consegnata; ma il dritto civile, che nega valore agli atti infetti di errori sostanziali, gli nega ogni efficacia; possesso civile non può essere, *l. 34, pr. h. t.* Della questione, se in questo caso colui che consegnò perda il possesso della cosa data, tratteremo § 295.

§ 240.

Abbiamo così esposto come si acquisti a noi il possesso per mezzo di noi medesimi. — È stato ricevuto in diritto, che anche per mezzo di altri il possesso ci possa essere acquistato. Troppo limitato sarebbe rimasto altrimenti il campo degli acquisti, ne' quali per regola si richiede, siccome abbiamo esposto, o il tatto, o altra fisica operazione insieme alla sicura e perfetta disponibilità. Le cose lontane sarebbero sfuggite all'acquisto. Quindi il dritto civile venne in ulterior soccorso coll'ammettere quell'acquisto per mezzo altrui; mosso dalle solite ragioni da noi esposte (§ 46 e 210). — Non credo, che gli acquisti di possesso per mezzo altrui debbano e possano dirsi in genere finzioni propriamente dette. Li direi estensioni della naturale nozione in quanto sono ammessi senza il tatto del corpo dell'acquirente. Ma siccome propriamente finzioni possono dirsi solo quando l'elemento corporale venga del tutto lasciato; non applicherei questa denominazione qui, dove l'opera fisica ritrovasi in colui pel quale acquistiamo e che è stato ammesso per nostro rappresentante. Finzione comincerà ad essere allora, quando colui, per cui acquistiamo, si valga a sua volta nell'acquisto di una di quelle tradizioni che vedemmo esser finte. O allorquando non ostante la mancanza di qualcuno de' requisiti domandati per l'acquisto per mezzo altrui, questo venga per singolar ragione riconosciuto: e i casi verranno esposti da noi.

§ 241.

Or bene cosa si richiede onde il possesso venga acquistato per mezzo d'altre persone? Qui enunceremo le regole e le loro ragioni generali; i testi in specie saranno recati nel trattato che seguirà sulle varie posizioni dell'acquisto di cui ora trattiamo. — In primo luogo si richiede l'animo e la volontà di noi che per altrui mezzo acquistiamo; animo e volontà che altri non supplisce per le ragioni allegate al § 210. Dice Paolo *V. 2, 1.* « Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro: corpore vel nostro vel alieno, » e *l. 3, § 12, h. t.* « Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus. » Eccezioni saranno da noi notate in seguito. — Si richiede in secondo luogo, che colui, per cui mezzo acquistiamo, voglia essere istromento pel nostro possesso, *l. 1. § 19, 20, h. t.* Dappoichè esso non è istromento a quel modo identico, in cui lo è una pala o una cuspide od anche una casa chiusa ed un laccio. La pala, la cuspide ecc. sono istromenti del corpo nostro; onde, quando li usiamo, acquistiamo col corpo nostro. Al contrario quando acquistiamo per opera di altra persona; questa è un istromento che dà il proprio corpo come proprio, del quale viene l'opera trasferita a vantaggio del nostro possesso per compiervi l'estremo, ossia elemento, corporale; noi acquistiamo col corpo altrui. Adunque questo istromento deve essere a tal officio ordinato dalla forza della volontà che muove e governa quel suo corpo. Per la qual cosa se noi vogliamo bensì acquistare per mezzo di alcuno, ma costui non abbia l'animo di prestarsi a noi come istromento, l'acquisto nostro non avrà luogo: anche per la ragione, che mancherebbe quella fisica disponibilità, la quale ancor qui è necessaria, siccome vedremo, al nostro acquisto di possesso. Conseguenza di ciò è, che anche per mezzo di coloro che non intendono, p. e. per mezzo d'un servo furioso. non possiamo acquistare, *l. 1, § 9, 10, h. t.* — A questo proposito avverto, che è ben diverso dalla teoria, che qui espongo, il caso speciale in cui un uomo venga adoperato nell'acqui-

sto del possesso non pienamente come uomo, ossia senza necessità del pieno uso delle sue umane facoltà: così, che, preordinato da noi e disposto tutto l'affare dell'acquisto per intero, esso venga adoperato solamente all'effetto di prender la cosa e portarcela. Combino pienamente una tradizione con te; all'epoca fissata fra noi mando un messaggere *(nuntius)* a prender la cosa nel tal luogo e recarmela. In avvenimenti di tal natura non è punto necessario, che la persona intermediaria sia in tutto l'esercizio del suo intelletto: anche chi sia mandato a prendere un oggetto che egli non veda nè conosca, anzi anche un fatuo di mente, un fanciullo, un briaco, sono atti ad adempire tali uffici; purchè abbiano tanto di volontà da prendere per noi e non portar la cosa che a noi. Onde s'intende, che in questi casi le enunciate persone non sono istromento nostro nel senso largo e grandioso com'è inteso nella teoria che abbiamo sopra incominciato a spiegare; cioè così che adoperino per noi il corpo, diretto nell'acquisto immediatamente dal loro animo e dalla loro volontà; insomma ci diano il corpo loro come loro, e noi col corpo loro *(corpore alieno)* acquistiamo. Ma sono nei casi medesimi istromento in senso più stretto ed angusto: perchè nel muovere direttamente il loro corpo nell'acquisto, ricevono direzione immediata dell'animo nostro; il corpo loro non agisce scientificamente parlando come loro; noi non acquistiamo col corpo loro come tale *(corpore alieno)*. Il corpo di esse agisce nella stessa guisa che agisce il nostro corpo stesso, è un aiuto semplice del corpo nostro [1], istromento meramente del corpo nostro. In questi casi noi acquistiamo nel senso scientifico *corpore etiam nostro;* come allora quando adoperiamo un cane per raccoglierci un oggetto, o poniamo un laccio per prendere animali. Ben inteso, che ne' casi medesimi per tale acquisto di possesso è necessario che le circostanze di fatto siano tali da lasciare in noi intera quella sicura disponibilità che si richiede negli acquisti di possesso *corpore nostro.*

---

[1] Mi pare che bene a proposito alcuni tedeschi designino tali persone colla parola *Gehilfe.*

§ 242.

Ma sopra tutto è necessario che colui, per mezzo del quale acquistiamo il possesso, possa esserci istromento per tale acquisto, secondo le regole generali del dritto civile. A tal fine due requisiti sono necessari. — Primo: che in genere colui sia un idoneo istromento ossia mezzo per acquistare a noi; poichè se in genere non lo fosse, neppure in specie potrebbe esserlo nell'acquisto del possesso. — Secondo: che in noi si trovi una disponibilità fisica, ossia una facoltà di trasferire in noi il reale contatto colla cosa; e ciò per non allontanarsi troppo dal rapporto della cosa col nostro corpo nel punto gravissimo di acquistarne il possesso. Questa facoltà è considerata siccome un indispensabile anello, per cui l'attuale azione corporea altrui, esercitata sulla cosa, viene congiunta alla composizione del nostro possesso. Essa qui è richiesta in diversa, ossia minore, misura di quello che nol sia la disponibilità negli acquisti impropri de' quali abbiamo parlato di sopra. In questi si aspetta in noi stessi, che acquistiamo, l'elemento dell'attuale operazione corporea; ed in mancanza del contatto che propriamente formerebbe tale elemento, si desidera un supplemento al contatto medesimo, ed un supplemento idoneo, nella disponibilità; che perciò deve esser certa ossia facile così da rendere affatto improbabile il sopraggiungere d'impedimenti al contatto (§ 211). Nell'acquisto per istromento di corpo altrui, del quale ora trattiamo, all'elemento dell'atto corporeo è soddisfatto coll'opera appunto del corpo altrui: e se la disponibilità si richiede in noi, ciò è solo, siccome dissi, per non prescinder troppo dal rapporto fisico della cosa con noi stessi nell'atto importantissimo dell'acquisto, e formare un anello che al nostro possesso riporti l'azione corporale altrui. Onde è che non è necessaria in questa disponibilità quella certezza, e possiamo a cagion d'esempio acquistare il possesso per mezzo di procuratori costituiti in paesi remoti. Infatti un maggior rigore, una maggiore esigenza sarebbero inutili, e distruggerebbero l'utilità che fu causa

ad introdurre l'acquisto del possesso per mezzo d'altri. Pertanto in che consiste questa minore disponibilità che si richiede in tale acquisto? Certo è bastante, se le circostanze facciano presumere per il nostro tatto se in seguito lo vorremo. Ma basta ancor meno: mentre anche un malato di morbo, che obblighi costantemente a giacere, può acquistare per mezzo altrui il possesso di cose immobili; benchè il suo contatto con queste sia troppo remoto, e talvolta impossibile, per poterlo presumere. Pertanto io credo che la disponibilità suddetta debba definirsi esattamente così: La posizione di chi ci presta ministero all'acquisto dev'esser tale verso di noi, che, essa riguardata, tenuta ragione di essa, potrebbe aver luogo il nostro presente atto corporale sulla cosa. Dico, riguardata la posizione di chi ci presta ministero e tenendo conto della medesima; ossia indipendentemente da impedimenti, che alla possibilità del nostro contatto, o presente o anche assoluta, si oppongano o possano e sogliano opporsi o anche si opporranno certamente, ma all' infuori di quella persona che ci dà ministero. È una disponibilità relativa, sotto il punto di vista che abbiamo esposto. Prove testuali della nostra definizione offriremo nel seguente sviluppo del presente trattato. Intanto si noti come saviamente dagli autori del dritto sia stato scelto con analogia di concetti questo anello di congiunzione che trae a noi l'azione corporale di altra persona; e sia stato fissato nella posizione appunto di questa persona, che rapporto a noi sia tale da ammettere per se la nostra attuale corporea azione sulla cosa.

§ 243.

Ora vediamo delle singole classi di persone, per mezzo delle quali possiamo acquistare il possesso. Ritroveremo sempre le condizioni suesposte; ci fermeremo a preferenza su quella che abbiamo sviluppata nel paragr. precedente, e ne rintracceremo i due requisiti. Spiegheremo ancora l' eccezioni, che alle nostre regole talora sono state fatte per ragioni singolari. — In primo luogo noi acquistiamo il possesso

per opera dei servi nostri, *Gaj. II, 89.* Idonei istromenti a questo scopo essi sono certamente. Poichè (per parlare della ricordata condizione trattata nel paragr. precedente) si trova in essi il primo requisito; mentre i servi nostri sono generalmente mezzi idonei ai nostri acquisti. Nè può dubitarsi del secondo requisito; dappoichè sogliamo possedere gli stessi nostri servi, onde massima è la facilità di revocare a noi le cose da loro. La qual considerazione tanto colpì la mente de' giureconsulti, che alcuni di essi negarono, che i nostri servi potessero esserci istromento di possesso ove non fossero essi stessi da noi posseduti. Ossia alcuni giureconsulti volevano per regola la fisica disponibilità non solo verso la cosa da acquistarsi ma anche verso il servo per cui l'acquistiamo, appunto perchè in tal caso anche quella disponibilità verso la cosa sale a massimo grado. Ora la disponibilità fisica non esiste sul servo quando non lo possediamo. L'origine di questa regola sembra essere proculiana. I proculiani, larghi nello ammettere i possessi, larghi nel riconoscerne gli acquisti fatti da noi stessi, furono solamente per l'esposto special motivo più rigorosi nell'accettare gli acquisti per mezzo de' servi. [1] Un argomento di questa mia congettura è nella *l. 21 pr. de a. r. d.;* dove troviamo questa regola medesima esagerata, e tratta agli acquisti di dominio, da Proculo; ora l'esagerazioni delle idee sogliono provenire dall'amore che ad esse hanno i loro autori. Altro argomento nella *l. 1, § 14, h. t.*, in cui si trova un'applicazione di essa regola, fatta da Nerva, ma negata da Cassio e da Giuliano (§ 309). Altre dispute che a questo punto si collegano, riferite da Gajo *II, 90. 91*, sono dovute precisamente alla varietà delle scuole. Benchè vedremo esser stata dalla miglior parte della media giurisprudenza accettata la sentenza de' sabiniani opposta a quella regola (ed infatti la disponibilità da noi definita può concepirsi sovente anche verso una cosa acquistata da un servo nostro da noi non posseduto); pur non ostante vedremo

---

[1] Larghi li ritroveremo nelle ritenzioni dei possessi per mezzo altrui. § 322.

al § 247, che Modestino, benchè giureconsulto di epoca tarda, ancora si atteneva alla regola stessa nella *l. 54, § 4, de a. r. d.* — Vediamo in breve, se nell'acquisto per servi nostri ritrovar si debbano le altre condizioni delle quali trattammo al § 241. Deve il servo volere esserci istromento; poichè se esso nol voglia, il padrone non acquista il possesso, *l. 1, § 19, h. t.* Un esempio nella *l. 31 § 2, in princ. de usurp. et usucap.*, dove è stabilito, che per mezzo d'un servo, che viva in stato di libertà, il padrone non ha possesso, e che se esso servo prenda un possesso a nome d'un terzo, il possesso medesimo è di questo. Quindi è ancora, che un servo comune, benchè sia mezzo di acquisto per tutti i padroni *l. 45, de a. r. d.*, se però prende a nome di uno o (che torna all'istesso) pel comodo di uno, a questo solo acquista il possesso *l. 1, § 7, h. t.* Diviene così mezzo di acquisto per questo solo secondo le regole di diritto civile; siccome si osserva ancora nell'acquisto de' dominii e de' dritti di obbligazione *d. l. 1, § 7, h. t.*, *l. 5, de stipul. servor.* Quanto all'altra condizione dell'animo del padrone, convien fare distinzione; poichè essa non è sempre necessaria. Ne tratteremo insieme all'acquisto per mezzo de' figli di famiglia, di cui ci occuperemo immediatamente. — Sul servo fuggitivo, e sul servo che litighi in giudizio liberale, rimettiamo il parlare al trattato della ritenzione del possesso, § 309.

§ 244.

Acquistiamo il possesso anche per mezzo de' nostri figli di famiglia, *Gaj. II, 89.* Troviamo il solito primo requisito, perchè i figli di famiglia acquistano generalmente ai loro parenti. Il qual requisito mancando in colui che per errore anche giusto io creda mio figlio di famiglia, nè possesso nè altro posso acquistare per mezzo suo *l. 50, pr. h. t.* Troviamo ancora l'altro requisito della disponibilità; poichè, certo pur essendo che noi non possediamo il nostro figlio di famiglia, possiamo però prendergli la cosa quando che vogliamo, servendoci del nostro potere — È senza dubbio necessaria la

volontà in esso figlio di famiglia di esserci istrumento per lo acquisto. Ma si richiede pur anco la volontà e l'animo del padre di famiglia? Qui cade la distinzione a cui accennavo circa il fine del paragr. anteriore. Esponiamola colla dovuta diligenza.

§ 245.

La distinzione è comune al caso dell'acquisto per via di servi nostri; ed è la seguente. Se i servi o figli di famiglia acquistino per causa del loro peculio, non è necessaria la volontà del padre di famiglia onde questo acquisti il possesso; è necessaria, se acquistino fuori della causa peculiare. Che i sottoposti al nostro patrio o domenicale potere acquistino per causa di peculio il possesso a noi anche ignoranti, molti testi lo affermano; *l. 1, § 15, l. 3. § 12, l. 24, l. 44, § 1, h. t., l. 8, pr., l. 44, § 7, l. 47, de usurp. et usuc., l. 2, § 11, l. 7, § 8, pro emt., l. 29, de capt. et postl.* Dai nomi degli autori di cotesti frammenti apparisce, che ambedue le scuole di giureconsulti concordavano su' questo punto. Poichè quantunque Paolo *l. 1, § 15, h. t.* invochi tre sabiniani soltanto, e sabiniano sia l'autore della *l. 24, h. t.* nonchè della *l. 7, § 8, pro emt.*; Paolo stesso nella *l. 8, pr. de usurp. et usuc.* insieme all'autorità di Giuliano sabiniano si vale di quella di Labeone e di Nerazio, e nella *l. 2, § 11, pro emt.* si riporta a Celso. La ragione è data da Papiniano *d. l. 44, § 1, h. t.* « Dixi, utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. » Col qual raziocinio credo che combini ciò che scrive Giavoleno *d. l. 24, h. t.*, essere dal padrone posseduto quanto è dal servo tenuto per giusta causa in peculio, perchè esso peculio è posseduto dal padrone medesimo. Lo che non significa, come a prima vista parrebbe, che dal possedere il peculio discendesse per diretto filo di logica, che dunque si posseggono anche le cose acquistate al peculio. Giacchè queste unioni, che si fanno salva pienamente l'unità e la indipendenza delle cose unite, non cangiano lo stato anteriore di

possesso in esse, ossia nè fanno danno di possesso al possessore antico nè formano un nuovo possesso da parte di chi le compì; come se una pecora sia stata aggiunta al gregge (§ 202). Giavoleno vuol esprimere l'istessa ragione di utilità che è esposta da Papiniano. Poichè il padrone possiede il peculio, ciò deve bastare all'acquisto del possesso di ogni cosa che venga in peculio, per la ragione di convenienza, che non si ha da costringere il padrone possessore del peculio a passare in rassegna ad ogni momento tutti gli oggetti che lo compongono.

§ 246.

Codesto acquisto, che facciamo anche ignoranti del possesso delle cose prese a causa di peculio, è una mera finzione, perchè veramente manca nel padre di famiglia l' animo specifico. Vedemmo da Papiniano e da Giavoleno qual sia la ragione di utilità e di convenienza, che l' ha persuaso. Però, come sogliono fare nelle finzioni, i giureconsulti aggiungono anche un colore di verità. È questo descritto da Paolo *l. 1*, *§ 5 h. t.* « quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus. » Si rinviene nel padre di famiglia una certa volontà, in quanto che nell'atto di costituire il peculio, genericamente si propose d'acquistare quanto il servo o figlio di famiglia sarebbe per voler prendere a causa del peculio stesso; di far sue le singole future relative volontà del servo o figlio di famiglia. È ne' singoli acquisti una finta volontà specifica nel padre di famiglia; mentre la vera trovasi nel figlio, nel servo. Egregiamente lo stesso Paolo *l. 3*, *§ 12, h. t.* « videmur eas (res) eorumdem (servorum) et *animo* et corpore possidere. » Ossia il nostro possesso si forma trasportando in noi l'azione non solo del corpo ma anche dell'animo del figlio o del servo: lo che si fa trasferendo in noi la volontà specifica di costoro in vista dell'antica nostra volontà generale, collegando cioè per via di finzione quella con questa e mescolandole in una specie di unità. [1] Essendo questo un

---

[1] Che l'animo dei servi sia in questo caso idoneo all'usucapione, vedi § 508. Lo essere veramente nel solo servo l'animo specifico ed attuale è

caso singolare in cui la finzione si estende all'elemento dell'animo, Papiniano lo chiama « jus singulare » *l. 44*, *§ 1*, *h. t.* E la finzione è vivamente espressa da Paolo *l. 14*, *pr. h. t.*; dove nello stabilire che chi comprò dal servo o dal figlio di famiglia una cosa peculiare può valersi dell'accessione del possesso avuto per lo innanzi dal padre di famiglia, dice così « dabitur accessio ejus, quod penes me fuit. » Non parla di *accessio possessionis quae etc.*, ma di *accessio ejus quod etc.*; perchè vero possesso il padre di famiglia non ebbe; ma solo un chè, finto e ritenuto per possesso dal dritto positivo – Appunto perchè il possesso, di cui parliamo, è privo di vera attual volontà del padre di famiglia, ed è una finzione, facilmente si procedette ad ammettere, che anche un padre di famiglia infante o furioso possano acquistarlo, *d. l. 1*, *§ 5*, *l. 32*, *§ 2*, *in fi.*, *h. t.*, *l. 28*, *de usurp. et usuc.* [2], *l. 47*, *eod. tit.* etc. Inoltre che possa acquistarlo per mezzo d'un servo ereditario un'eredità giacente, benchè non esista alcuna attual volontà d'un padrone acquirente, *d. l. 1*, *§ 5*, *h. t.*, *l. 44*, *§ 3*. *de usurp. et usuc.* [3], *l. 16*, *de O. et A.*, *l. 29 de captiv.* [4]

---

la ragione, per cui troviamo scritto che le cose delle quali parliamo non possano essere usucapite se il servo sia in mala fede, *l. 2*, *§ 10*, *11*, *12* *pro emt.* — Comprata una cosa aliena da un servo in m. f., non potrà questa essere usucapita, neppure se, tolto poscia il peculio, cominci il padrone a possedere da per se, ed esso si trovi in b. f. Appunto perchè esso non sembra ora nuovamente acquistare il possesso così che si fissi nel presente il principio della usucapione: ma in tutti i rapporti coll'usucapione il padrone principiò per mezzo di finzione a possedere dal tempo che il servo acquistò; cosicchè il possesso il quale allora fu in m. f. inidoneo ad usucapire, sembra ancora adesso perseverare: « eadem causa sit possessionis » *d. l. 2*, *§ 12*, *14*, *pro emt.* Aggiungi § 577. Risposta ad una ragione di dubitare si trova al § 248; dove anche dirò perchè in *d. l. 2*, *§ 11* sotto il nome di possesso vizioso abbia inteso il possesso affetto da mala fede.

[2] Pomponio in questo frammento non esprime la causa peculiare; si deve questa sottintendere in esso, come in altri frammenti. CUIAC. *ed. napol. IV*, *641*, *D*.

[3] Anche in questo testo è silenzio sulla causa del peculio; anche in esso si deve sottintendere, come bene notarono ACCURSIO e dopo esso CUJACIO *l. c. nella not. 2*.

[4] Dalla medesima ragione deriva, che da Nerva figlio, benchè proculiano, sia stato ammesso l'acquisto del possesso ai municipali per mezzo

§ 247.

Codesto acquisto è tanto mancante di attuale specifico volere, tanto è finto, che il padre di famiglia lo fa anche se attualmente ignori di avere in potestà il figlio o il servo, *l. 1. h. t.* Anzi lo stesso acquisto ha luogo pure allorquando il figlio o il servo venga come servo posseduto da un terzo, come definisce Ulpiano *d. l. 1.* Veramente Ulp. parla del solo figlio; onde di esso solo e non del servo è intesa tal definizione da Accursio e dopo esso da Cujacio *ed. nap. VIII, 266, B.* Credono che la ragione di differenza ci sia, e consista in questo che per mezzo del servo acquistiamo perchè lo possediamo, mentre per mezzo del figlio acquistiamo perchè abbiamo su' di esso il patrio potere. Ora nell'ipotesi, quanto al figlio dura il patrio potere, non dura quanto al servo il possesso. Ma già osservammo (§ 243), che quantunque riguardo al servo non pochi giureconsulti, nell'acquisto del possesso per suo mezzo, si attenessero alla ragione del possesso sul servo stesso, pure al tempo d'Ulpiano di Paolo e di Papiniano questa opinione non era ricevuta, e quasi generalmente fu ritenuta bastevole quella disponibilità che noi definimmo § 242. Ma questa medesima disponibilità è domandata anche per gli acquisti per mezzo del figlio di famiglia, ne' quali la patria potestà non opera per se ma solo in quanto essa procaccia quella disponibilità. Onde nel caso del figlio o del servo posseduto da un terzo, sempre la stessa difficoltà dovea superarsi per ammettere l'acquisto pel padre di famiglia, il difetto della disponibilità che sempre si verifica.

---

servi nelle cose « quae peculiariter acquisierint » *l, 1, § 22, h. t.*; benchè rigorosamente il municipio non possegga neppure per mezzo di altri, anzi neppur possegga gli stessi servi propri, mancante com'è di animo e disponibilità. Onde gli altri proculiani tenevano sentenza contraria a Nerva, esagerando ancor qui la regola loro (§ 243). Su questo articolo vedi 280. Nerva era giustamente mosso dalla considerazione, che qui si tratti acquisto del tutto finto.

E tanto pel servo quanto pel figlio fu tale difficoltà contemporaneamante superata. Nè nel superarla fu fatto uno sforzo ulteriore dopo avere ammesso l'acquisto senza l'animo proprio del padre di famiglia. Poichè, siccome vedemmo, fu così riportata la costituzione del possesso interamente al servo al figlio; e perciò furono ricercati in essi gli elementi necessari per la costituzione medesima « videmur eorumdem et animo et corpore possidere » *l. 3 § 12, h. t.* — Con più infelice consiglio Cujacio in altro punto delle sue Opere, *V*, *698*, *D*. riprende Accursio, ed anche nel caso del servo posseduto da un terzo concede al padrone il possesso, ma gli nega l'usucapione. Onde più non s'intende a che prò si costruisse quel finto possesso. Cujacio fu ingannato da una men retta intelligenza d'un passo di Modestino *l. 54*, *§ 4*, *de a. r. d.* « sed nec per servum alienum, quem nos b. f. possidemus, dominus peculiari nomine ignorans usucapere poterit. » Se nonchè par certo, che Modestino si attenesse ancora alla sentenza comunemente riprovata dei proculiani che non ammettevano acquisto di possesso per mezzo di servo se non posseduto da noi. La non ricevuta opinione generò la non ricevuta definizione riportata nella *d. l. 54*, *§ 4*. Cotesta congettura è confermata dall'osservare, che Modestino con discorso continuato dice non poter il padrone acquistar possesso neppure per mezzo del servo fuggitivo « quem non possidet. » Altra non ricevuta conclusione tratta da quella sentenza proculiana (§ 309).

§ 248.

Le cose fin qui discorse valgono, se la persona soggetta al nostro potere acquisti la cosa per giusto titolo, come per compra o per donazione, o in buona fede o in cattiva. Imperocchè se senza giusto titolo, e per mero maleficio, abbia preso una cosa altrui e l'abbia posta in peculio, il possesso non ci viene acquistato. Sia perchè in quella general volontà di cui parlammo § 246, sono contenuti solo gli acquisti per giusto titolo; sia perchè le finzioni (com'è la nostra) non deb

bono adoperarsi per acquisti di delittuosa natura (§ 208). Anzi quel che viene acquistato dal servo o dal figlio in siffatta guisa neppure « peculii causam adprehendit; » ossia non entrando nel peculio in que' modi ne' quali le cose entrano ne' patrimoni secondo il civil diritto, sembra così estraneo dal peculio stesso, che neppure può il suo possesso giudicarsi quale parte del possesso del medesimo per potergli applicare il dritto su questo possesso ricevuto. Così Giavoleno nella specie del servo *l. 24, h. t.*[1] Potrà forse alcuno opporre, che anche quando un servo pigli per giusto titolo ma in mala fede, commette furto *l. 12, fi. C. de furt.*; onde non s'intende perchè e qui e altrove abbiamo riconosciuto nel padrone l'acquisto del possesso per mezzo del servo che compri in m. f. Rispondiamo, che furto è commesso da colui, il quale, dopo comprata una cosa, la piglia *(contrectat)* sapendo presentemente che essa è aliena. Ma non può certamente esser detto ladro colui che contrattò solamente, comprò, sapendo essere aliena la cosa; potendo egli credere all'epoca della consegna che la cosa sia diventata del venditore.[2] E noi in que' passi or ora ricordati abbiamo parlato della sola m. f. in tempo del contratto provata nel servo, e non già di quella provata anche al tempo del prendere; in questo caso sarebbe furto, e il possesso non verrebbe acquistato al padrone. — Dalle cose dette s'intende il perchè nella *l. 2, § 11, pro emt.*, mentre vi si parla di possesso vizioso del servo, noi la parola

---

[1] Cujac. *VIII, 289.* — Pertanto presa da un servo una cosa per violenza o furto, al padrone non è acquistato il possesso. Esporremo § 577, una conseguenza del principio di Giavoleno.

[2] Per speciali ragioni che esporremo § 516, segg., all'unico effetto di escludere l'usucapione, il dritto nostro crede che chi comprò in mala fede abbia quindi ancor ricevuto in mala fede. Questa presunzione non deve applicarsi fino al punto di costruirne un furto. Si aggiunga, che nel nostro trattato non sarebbe la ricognizione d'un furto che escluderebbe nel padrone la usucapione, già bastevolmente esclusa dalla mala fede: anzi talvolta aprirebbe l'adito alla usucapione nel medesimo, cioè nel caso accennato nella nota precedente in fine.

vizioso prendemmo non in senso proprio di possesso avuto *vi*, *clam*, *precario*, ma nel senso improprio di possesso affetto da m. f. secondo le cose or ora esposte.[3]

§ 249.

Fin qui degli acquisti per causa di peculio. Tutto è diverso se si tratti di acquisti fuori della causa peculiare. Mancando tutte le ragioni, che sopra abbiamo descritte, per un acquisto finto, si richiede nel padre di famiglia un acquisto vero del possesso. Per la qual cosa non acquisterà possesso senza la sua scienza *l. 44*, *§ 1*, *fi. h. t.*, *l. 2*, *§ 11*, *pro emt.* La *d. l. 2. § 11*, è così espressa « nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem. » Regge bene al confronto dell'altra espressione « eorumdem (servorum) et animo et corpore possidere », che vedemmo adoperata per l'altro caso di acquisto per causa del peculio. — Qui ricorderò come fosse comune opinione degli antichi interpreti, che distinzione non avesse a farsi fra acquisti per causa di peculio ed acquisti fuori di tale causa, e che sempre il possesso era acquistato al padre di famiglia ignorante. Erronea opinione; come lo provano i frammenti citati in questo paragrafo. Allegavano alcuni testi dove lo acquisto all'ignorante è affermato senza menzione di peculio; ma secondo le regole di buona ermeneutica questa va sottintesa come già abbiamo notato di sopra. Più difficile a spiegare è la *l. 31*, *§ 3*, *de usurp. et usucap.* Domandando del possesso e della usucapione, che abbiamo e facciamo per mezzo di servi o figli, se finisca pel sopraggiungente furore di costoro, e rispondendo (siccome a suo luogo esporremo) negativamente; Paolo pone la fattispecie così « Si servus meus vel filius peculiari *vel etiam* *nomine* quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam,

[3] Anche CUJACIO prende quella parola in questo senso nel citato frammento, *V. 743*. Del resto di tale impropria accezione non mancano altri esempi (§ 87).

etiam usucapiam: si is furere coeperit etc. » Ma conviene intenderlo nel modo seguente. Se il servo o il figlio mio tenga qualche cosa o a nome del peculio od anche a nome mio, in tal maniera che io possegga ignorando ecc. Poichè v' è caso in cui il padre di famiglia ignorante possegga anche fuori della causa del peculio; ossia se egli avea dato al suo soggetto precedentemente espresso mandato; nel qual caso non è poi necessaria la sua scienza attuale. Quel che aggiunge Paolo « vel etiam usucapiam » non si deve nè si può estendere a tutti i casi da esso proposti, ma ad un solo, siccome persuade anche la forma del suo discorrere; cioè al solo caso del possesso nella causa di peculio. Giacchè nell'altro caso del mandato per l'usucapione fa d'uopo la scienza attuale. Insomma il frammento va preso così: Se il nostro servo o il figlio tenga qualche cosa o nel nome del peculio o fuori di questo, in modo tale che noi possiamo possedere ignorando e talvolta anche ignorando usucapire, ecc. La sintassi del giureconsulto si presta ottimamente a questa spiegazione. E che quelle parole « vel etiam meo nomine », dove si basa la difficoltà, vadano intese con noi, vien confermato dal riflettere che in fine del precedente § 2 Paolo avea parlato precisamente del mandato ad acquistare il possesso dato ad un servo, e si era valso ripetutamente dell'espressione stessa (« nomine alicujus... cujus nomine »). [1]

---

[1] E qui ed altrove è segnalato il possesso, tenuto dal servo o dal figlio fuori della causa peculiare, colle parole « a nome del padre di famiglia ». Non già che pur quando sia tenuto per causa peculiare non lo sia a nome del padre di famiglia: perchè quantunque il peculio sia un quasi patrimonio del servo e del figlio, sempre il proprietario è il padrone ed il padre; onde il servo e il figlio operano sulle cose peculiari anche nell'utilità di costoro riconosciuti per proprietari (§ 48, n. 3, e 109). Ma nel senso, che il riguardo al padre di famiglia è assoluto e pieno, o certo assai più esteso, nelle cose acquistate fuori della causa del peculio, specialmente se in seguito di suo espresso mandato. Mancando l' idea del quasi patrimonio suo, il figlio o servo riporta la utilità al padre o padrone o in tutto o almeno in scala ben più vasta ed estesa.

§ 250.

Conseguenza di ciò, che abbiamo fissato nel precedente paragrafo, è che nell'usucapione delle cose acquistate fuori della causa del peculio, principalmente si guarda l'animo e la b. f. del padrone e del padre *l. 2*, *§ 12*, *pro emt.* — Nè accade l'acquisto del possesso pel padre di famiglia, che ignori di avere quel servo o figlio in sua potestà; come neppure accade, se il figlio o il servo sia posseduto da un terzo, che escluda il padre di famiglia ossia possegga con animo di dominante. esclusa essendo dalla stessa posizione del servo o figlio la disponibilità: arg. *l. 4*, *h.. t.* La seconda proposizione, che, espressa pel possesso, ha una chiara ragione, si trova manifestamente nella *l. 1*, *§ 6, h. t.* Espressa pel dominio fu disputata frai giureconsulti. Quanto al possesso, che è di fatto, e non si può sicuramente acquistare per mezzo del servo senza quella disponibilità nella cosa, i sabiniani ancora, benchè non credessero necessario il possesso sul servo stesso, negarono l'acquisto nel caso. E lo nega pure Paolo *d. l. 1 § 6*, benchè nemico anch'esso della regola proculiana. Quanto al dominio, quantunque sia di dritto, si concepisca senza disponibilità nella cosa, e si acquisti ai padroni dei servi anche se non vogliano; pure Proculo esagerò ancora quella sua regola di non acquistare per mezzo de' servi non posseduti, e nel caso surriferito negò l'acquisto al padrone del servo « quia servum non possideam » *l. 21*, *pr. de a. r. d.* I sabiniani facilmente si astennero da questa esagerazione, ed ammisero in noi l'acquisto del dominio benchè non possediamo il servo, anzi esso sia posseduto da altri, Gajo *II, 92*, e *l. 10*, *§ 4*, *de a. r. d.* Tanto è vero che questa fu un'esagerazione della regola proculiana sul possesso, tirata da Proculo anche alle teorie del dominio; che Modestino benchè aderisse, siccome vedemmo, a quella regola sul possesso, pure quanto al dominio ammise l'acquisto per mezzo di servi posseduti da terzi *l. 54*, *§ 4*, *de a. r. d.*[1]

---

[1] Non turba, se Pomponio riferendo Proculo in *d. l. 21*, *pr.* non lo condanna. HASSE *Rhein. Mus. VI*, *193*, ne deduce che dunque Pomponio ve

§ 251.

Un'applicazione notevole della distinzione fra l'acquisto del possesso per mezzo del servo o del figlio nella causa peculiare e l'acquisto fuori di tale causa, si trova nell'apprensione fatta dal servo o figlio di qualche oggetto in tempo che il padre di famiglia era in cattività. Non si concepisce che vero possesso sia nato in costui durante la cattività medesima; perchè il figlio e il servo del cattivo, mentre costui è servo de' nemici *(l. 5, § 2, de captiv.)*, non sono affatto istrumento di acquisto per esso, dunque neppure rapporto al possesso (§ 242). Inoltre se il servo o figlio acquistò non per causa peculiare, neppur si può dire che abbia luogo la finzione di postliminio; ossia se il padre di famiglia ritorni in patria non si può dire, fingendo che mai ne sia partito, aver esso posseduto ed usucapito fin dal tempo in che avvenne l'apprensione, Papin. *l. 44, § 6, de usurp. et usuc.* Imperocchè in quel caso si tratta di acquistare vero possesso; il quale non può costruirsi colla finzione del postliminio, non adatto a sostenere le cose consistenti più nel fatto che nel dritto, come è il possesso (§ 78). Avrà però luogo negli acquisti mentovati l'altra finzione della legge Cornelia; ossia se il padre di famiglia muoia presso i nemici, i tempi della cattività dal giorno della cattura si congiungono alla morte, siccome dice Papiniano *loc. cit.* Ondechè crediamo nel caso dell'acquisto fatto dal servo, che il possesso sia appartenuto agli eredi del morto cattivo fin dal tempo di esso acquisto; e nel caso dell'acquisto fatto dal figlio, che il possesso anche civile sia sempre ad esso figlio appartenuto: ap-

---

glia aderire a Proculo. Ma benchè sia verissimo che ne'frammenti delle pandette la nuda relazione senza espressa condanna vale per approvazione; ciò non è vero quando la relazione è meramente accidentale. Ora Pomponio inserisce quella parte non ricevuta della sentenza di Proculo nello esporre altre parti ricevute della medesima; sulla esclusione dell'acquisto del dominio nel possessor di b. f. d'un servo, quando tal acquisto sia estraneo alla causa della cosa d'esso possessore; sull'acquisto del dominio nell'uomo libero, posseduto in b. f., nelle cose acquistate fuori di quella stessa causa.

punto perchè il succedere degli eredi e il diventar *sui juris* del figlio di famiglia vengono riportati alla cattività, epoca antecedente all'acquisto. Potrà da alcuno opporsi per avventura, che ancor questa è una finzione; e che perciò non possa per mezzo di essa comporsi quel possesso che fuori della causa peculiare dev'esser vero, non possa dirsi avere esistito quel possesso che di fatto non fu. Se non che prevalse una gran ragione di convenienza; che cioè non dovesse tollerarsi che la sospensione di stato, architettata dal dritto civile con quelle finzioni ne' cattivi per benefici fini, venisse senza alcun prò pervertita a recar danno ad altri. Se, appena preso il padre di famiglia dai nemici, le cose fossero state accomodate secondo la verità ed i soliti principii di legge, esso avrebbe avuto immediatamente un successore universale, ed i suoi figli di famiglia immediatamente sarebbero diventati di loro ragione; tutto ciò in virtù della massima diminuzion di capo che viene equiparata alla morte. Per conseguenza i possessi presi in seguito dal servo sarebbero divenuti certamente del successore universale, quelli presi dal figlio sarebbero divenuti del figlio stesso. Per la esposta ragione di convenienza tutto questo si deve osservare anche nell'applicazione della finzione della legge Cornelia. [1]

---

[1] Non credo che abbia ragione JHERING quando dalla *d. l. 44*, § 7 prende argomento per la sua tesi, che sia possibile il possesso laddove è possibile la proprietà, e che, se il figlio di famiglia non possiede, ciò è precisamente perchè proprietà non può avere. Jhering *pag. 114*, *seg.* fa notare, che il figlio al morire del padre possiede ancor prima di esser consapevole di questa morte, onde esso neppure può aver cangiato la volontà, e seguita a tenere in nome del padre; ma siccome è reso in verità capace della proprietà, basta questo perchè egli possieda. — Rispondo. Il figlio, che ha il padre in cattività sa di non poter possedere o usucapire a nome di questo. Non ad intuito dello stato presente, mentre non può essere istrumento a lui, servo dei nemici. Nè ad intuito di alcun caso avvenire; sia del padre che torni in patria, in vista della finzione di postliminio, perchè, come esponevo, con questa finzione di postliminio non acquisterà quel possesso; sia del padre che muoia appo i nemici, in vista della finzione della legge Cornelia, perchè anzi cotesta finzione anticipa il tempo della morte come se coevo a quello della cattura, ora non si concepisce che

§ 252.

Ma se l'acquisto fu fatto dal servo o figlio del cattivo per causa del peculio, fu una certa controversia fra Giuliano e Marcello. Ambedue ammettevano l'applicazione della finzione della legge Cornelia. Ossia se il padre di famiglia morisse presso il nemico, erano i due giureconsulti pacifici nel riconoscere il possesso fin dal tempo dell'acquisto nell'eredità, se si trattasse di servo, nel figlio, se di figlio fosse il discorso; Giul. *l. 22*, *§ 3*, *de captiv. et postl. revers.* E a questo punto spetta un difficile passo di Paolo nella *l. 15*, *pr. vers. Quod si*, *de usurp. et usuc.* Checchè abbia tentato il Mommsen; migliore e più conveniente all'universal contesto è l' interpretazione di Accursio e di Cujacio (*t. IV*, *641*, *D.*), che si debba intendere questo passo, siccome altri ancora, doll'acquisto per causa peculiare. Paolo riferisce seccamente la questione proposta da Giuliano « Julianus ait... si ibi decesserit, *dubitari*, an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat (usucapio)? » Ma esso Giuliano stava per l'affermativa, arg. *d. l. 22*, *§ 3*. Che così debba supplirsi il nostro frammento (come spesso supplir dobbiamo i frammenti specialmente di Paolo), vien confermato dalla maggior facilità, colla quale vedremo Giuliano procedere a preferenza di Marcello nello ammetter ap-

---

i morti posseggano. Pertanto se, non ostante tutto ciò, il figlio pur possiede ed usucapisce, possiede e usucapisce a se stesso in vista della ipotesi della morte paterna presso i nemici, appunto ad intuito di questa finzione della legge Cornelia. È un possesso, al quale è unita una condizione *quae inest*: e di tal condizione unita al possesso vedemmo altro esempio al § 233. Pertanto se il padre muoia realmente presso i nemici, il possesso e l'usucapione nel figlio s' intendono pel tempo antecedente, non in virtù del mero suo poter avere la proprietà, ma perchè aveva pronti e disposti gli elementi tutti per possedere, il corpo e l'animo. — Al § 508 vedremo, che anche il *§ 4* della stessa *leg. 44* si spiega colla considerazione dello avere un figlio di famiglia posseduto e usucapito per se stesso. Conferma della nostra spiegazione.

plicazioni delle finzioni.[1] Ora Marcello nel caso nostro riconosceva la finzione della legge Cornelia, come risulta dalla stessa *l. 15*, *pr. vers. segg.* Dappoichè mentre Marcello nega, lo vedremo, l'applicazione del postliminio, pur dice « posse plenius fictionem legis (Corneliae) accipi... Nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est. »[2] — Giuliano ammise inoltre la finzione del postliminio *d. l. 15*, *pr.*, *l. 12*, *§ 2*, *de captiv.*, *d. l. 22*, *§ 3*, *eod.* Marcello la negò, argomentando così: Il postliminio non è ammesso quanto al possesso che il cattivo riteneva per se avanti alla cattura (vedremo trattando della perdita de' possessi, ciò esser vero; il testo nella *l. 19*, *ex quib. caus. major.*): nè è ammesso pel possesso che avanti la cattura egli riteneva per mezzo del servo (anche questo vedremo esser giusto). Dunque, conchiudeva Marcello, neppure « in his quae servi egerunt » dopo la cattura del padrone, costui può avere alcun possesso per opera del postliminio. Ed è perciò, che Marcello pronunciava quella sentenza « posse plenius fictionem legis (Corneliae) accipi »; appunto perchè non applicava a tale possesso la finzione del postliminio, mentre gli applicava quella della legge Cornelia. — L'opinione di Giuliano fu ricevuta, *d. l. 12*, *§ 2*, *de capt.*, *l. 23*, *§ 3*, *ex quib. caus. major.* Infatti quando si parla di causa peculiare, il possesso che viene acquistato al padrone è finto, non vero. I soliti estremi del possedere si richieggono nella persona del servo, l'animo e il corpo, *l. 3*, *§ 12*, *h. t.* (§ 246). Quando questi due estremi si verifichino, come si verificano nel caso nostro, si deve in ogni evento sostenere il possesso, nè questo deve esser distrutto dallo stato del padrone. Onde Papiniano *d. l. 44*, *§ 7*, *de usurp. et usuc.* così ragiona « Si quidem ex causa peculii possedit (servus aut filius) usucapionem inchoari: nec impedimento domini captivitatem esse, cujus scientia non esset in civitate necessaria. »

---

[1] Giusta osservazione di CUJACIO *IV, 641, E.*

[2] Vero egli è, che segue « ideoque in successoribus locum non habere usucapionem »: ma che il *non* abbondi è troppo chiaro dal contesto, come osservarono giustamente ACCURSIO e CUJACIO.

§ 253.

Si domandò come si acquistasse il possesso per mezzo di un servo nostro dato in pegno. Paolo *l. 1*, *§ 15*, *h. t.* si esprime così « Per servum corporaliter pignori datum, non acquirere nos possessionem, Julianus ait: ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri; ad usucapionem: nec creditori, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum possideat. » Per credere che al padrone debitore si acquistasse per mezzo del servo oppignorato il possesso, grave ragione esser sembrava in ciò che nel debitore sia stata, siccome vedemmo a suo luogo, riconosciuta civil possessione sul servo medesimo. Onde pareva essere sommamente soddisfatto al solito secondo requisito (§ 242) della disponibilità sulla cosa, tanto che ne sarebbero stati paghi anche i proculiani. Quanto al primo requisito (d. § 242), niun dubbio esser poteva che il servo pignorato sia generalmente mezzo d' acquisto pel suo padrone. Giuliano, che tenne la negativa, rispondeva colle riferite parole « ad unam tantum causam videri eum a debitore possideri; ad usucapionem. » Imperocchè per qual ragione suole il possesso sul servo soddisfare largamente a quel secondo requisito, tanto che i proculiani lo vollero assolutamente? Perchè chi è al possesso del servo suole avere la disponibilità su di esso, e perciò l' ha sommamente sulle cose dal medesimo acquistate potendo prendergliele facilissimamente. Ma nella nostra ipotesi si tratta del possesso che il debitore ha sul servo pignorato per mezzo del corpo del creditore, e perciò senza alcuna disponibilità sopra il servo stesso; chè vedremo § 313, potersi i possessi ritenere per mezzo di altri senza alcuna nostra disponibilità. Infatti la natura del pegno, qual si è che la cosa non esca di mano al creditore, non soffre disponibilità del debitore sulla cosa medesima; onde anche vedemmo negati a costui gl' interdetti, ed il suo possesso riconosciuto dal dritto civile al solo effetto di usucapire.

§ 254.

Potrà forse obiettarsi, che Giuliano era sabiniano, e che perciò secondo lui non era poi necessario assolutamente di possedere il servo per acquistare per suo mezzo: onde non s' intende perchè, negato nella *subjecta materia* questo possesso sul servo, Giuliano neghi immediatamente l' acquisto per opera del medesimo. Inoltre potrà domandarsi come Paolo, il qual la pensava pur esso contro i proculiani *h. l. 1*, *§ 8*, approvi questo raziocinio, mentre sembrava dover essere soddisfatto da qualunque altra disponibilità sulla cosa acquistata dal servo, purchè ne' termini che definimmo al § 242. Ora tale disponibilità sembra che si ritrovi nel caso; dappoichè il creditore non farà opposizione al debitore che voglia prendersi la cosa, che acquistata dal servo è costituita nel dominio di questo. Rispondiamo. Giuliano non esprime direttamente e pienamente la ragione di decidere del suo responso: ma rispondendo siccome esponemmo ad una grave ragione di dubitare indica implicitamente qual sia quella ragione di decidere, ossia il real difetto del requisito della disponibilità sulla cosa, al quale requisito la sua disputa è rivolta. Manca in verità questa disponibilità nel debitore sulla cosa acquistata dal servo oppignorato. Non che il creditore non confessi il dominio del debitore anche su questa cosa; ma perchè il pegno sulla cosa si estende alla *causa* della cosa stessa, e gli acquisti de' servi appartengono alle *causa* loro, *l. 17*, *§ 1*, *vers. usque*, *l. 20 de R. V.*; ossia alle cose che sono prodotte dalla loro attiva operazione, dall' esercizio delle loro qualità, senza però avere una riproduzione metodica ed a certi periodi (che altrimenti sarebbero frutti). Pertanto manca sull' oggetto acquistato la disponibilità nel debitore, come gli manca sulle cose tutte gravate dal pegno. La posizione del servo pignorato è tale da escludere per sua virtù lo accedere del padrone alla cosa da esso servo acquistata, come affetta dallo stesso dritto

di pegno.[1] È, ripeto, nella mancanza della necessaria disponibilità, secondo de' due requisiti (§ 242), la ragione per cui Giuliano nega al debitore l'acquisto del possesso per mezzo del servo oppignorato. E così s'intende con quanta eleganza il giureconsulto soggiunga quelle altre parole « nec creditori, quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum possideat. »[2] Ossia il creditore, se vuole acquistare il possesso delle cose prese dal servo pignorato, deve apprenderle da se stesso, nè acquista immediatamente il possesso medesimo per opera del servo: perchè riguardo a lui manca il primo di que' due requisiti, benchè vi sarebbe pienissimamente il secondo.

§ 255.

Si dubitò frai giureconsulti sull' acquisto del possesso per mezzo del servo su cui abbiamo l' usufrutto: la ragione del dubitare, perchè non possediamo (civilmente) il servo stesso; *Gaj. II, 94.* Ma fu ricevuta la sentenza affermativa; purchè si trattasse di acquisti, o appartenenti alla cosa nostra, o appartenenti all'opera del servo. Poichè, come ben ragiona Paolo *l. 1, § 8, h. t.*, « nec ad rem pertinet quod ipsum non possidemus, nam nec filium. » Del figlio di famiglia niuno dubitò mai che per esso si acquisti il possesso: eppure su esso la stessa ragione di dubbio, anzi più gravemente, valeva; perchè il servo fruttuario è da chi lo ha in usufrutto posseduto naturalmente (§ 149), ma il padre non possiede affatto il figlio, uomo libero. Eccellente raziocinio, con cui è condannata la sentenza proculiana della necessità del possesso sopra il servo istromento d'acquisto di possesso; dalla qual sentenza nasceva il dubbio menzionato da Gajo. Certo nel servo fruttuario trovansi ambedue i

---

[1] Il debitore non acquista il possesso per mezzo dello stesso creditore; mancherebbe il solito secondo requisito, mancherebbe anche il primo degli enunciati nel § 242.

[2] Le parole originali di Giuliano che esprimono tale disposizione sono riferite da Triboniano nella *l. 37, pr. de a. r. d.*

soliti requisiti. Trovasi il primo, perchè in genere è istromento di acquisto in ciò che riguarda le opere sue o la cosa dell'usufruttuario, *Gaj. II, 91.* Trovasi il secondo, perchè l'usufruttuario ha sul servo il possesso naturale, onde ha massima la facilità di trarre a se la cosa da esso acquistata. In verità era una nuova esagerazione della loro regola, quando alcuni proculiani (non credo tutti) non ammettevano l'acquisto del possesso di cui ora parliamo, mentre si eccedeva anche la ragione della regola stessa (§ 253). D'accordo con Paolo è Papiniano *l. 49 pr. h. t.*, che ammette l'acquisto per mezzo del servo fruttuario, se fatto per le opere sue o dalla cosa dell'usufruttuario « cum et naturaliter a fructuario teneatur (soddisfazione pienissima, esuberante, al detto secondo requisito), et plurimum ex jure possessio mutuetur. » Colle ultime parole il giureconsulto riporta il possesso alle regole di dritto sull'acquisto per mezzo di altre persone (cf. § 75), come e quando i terzi possano esserci opportuno istromento, insomma prende di mira il primo de' due soliti requisiti. Ed a questo è pur soddisfatto certamente, mentre è noto che secondo quelle regole può l'usufruttuario acquistare per mezzo del servo in usufrutto. La ricevuta sentenza trovasi confermata da Giustiniano *§ 4. I, per quas pers. cuiq. acq.*

§ 256.

Passiamo al servo altrui, posseduto o in buona o in mala fede. Un naturale possesso delle cose si concepisce presso un tale servo, siccome si concepisce nel servo nostro. Ma è riconosciuto nel suo possessore il possesso civile acquistato per mezzo del corpo del medesimo? — Se il servo altrui venga posseduto in b. f., convien distinguere gli acquisti fatti colle opere sue o dalla cosa del possessore dagli acquisti fatti fuori di tali due cause. Quanto ai primi il possesso è acquistato al possessore del medesimo servo, giacchè sono presenti ambedue i soliti requisiti: il primo per la definizione di Gajo *II, 92* e di Giustiniano *§ 4, I, per quas pers. cuiq. acquir.*; il secondo, perchè dal possesso avuto sul servo somma nasce la facilità

di riportare a se le cose acquistate. Anzi se lo acquisto si faccia a nome del peculio, il possesso sarà acquistato al detto possessore del servo anche se ignori; giacchè il servo altrui posseduto in b. f. quanto a quelle due cause è equiparato al servo nostro. A queste due cause convien riferire l'affermazione di Paolo *l. 1, § 6, vers. Sed et, h. t.;* intendendo il giureconsulto di segnalare solamente l'attitudine generale, come fa anche quando esprime simile affermazione sull'uomo libero posseduto in b. f. Che fuori di quelle due cause, nelle quali soltanto il primo requisito si verifica, il possesso non venga acquistato per mezzo del servo altrui posseduto anche in b. f.; oltre i testi surriferiti, viene provato dalla *l. 54, § 4, de a. r. d.*, dove si suppone che talvolta il possesso non venga acquistato al possessore di b. f. per mezzo del servo così posseduto. E negli acquisti fatti all'infuori delle ripetute due cause il possesso neppure è del vero padrone per la mancanza del secondo requisito; siccome vedemmo (§ 250) dalla *1, § 6, vers. Sed nec, h. t.;* eccetto la causa peculiare, arg. *l. 4. eod.* Il possesso civile è di nessuno. — Che se il servo altrui sia in m. f. posseduto, non acquista possessi al proprio possessore; mancando il primo requisito, ossia non essendo in alcun modo istromento d'acquisto per il medesimo; *d. l. 1, § 6, vers. quod si.* Di nuovo non li acquista neppure al padrone per difetto dell'altro requisito, *d. vers. Sed nec.*

§ 257.

Prossimo è il trattato dell'uomo libero posseduto in b. o in m. f.; posseduto in senso improprio in quanto cioè si trova in uno stato estrinseco, in una parvenza di possesso (§ 170). Se venga posseduto in b. f., si debbono ripetere le cose dette pel servo altrui. Ossia che il suo possessore acquisterà possesso degli oggetti avuti colle opere del posseduto o dalla cosa del medesimo possessore. Trovasi il primo requisito, *Gaj. II, 92, § 4. I. per quas pers. cuiq. acq.* Trovasi il secondo, mentre lo stato di quest'uomo libero

offre facilissimo modo al ripetuto possessore di pigliarsi le cose. Se gli acquisti saran fatti a nome di peculio, il possesso verrà a costui anche ignorante; perchè anche qui in quelle due cause è fatta equiparazione quanto agli acquisti col servo nostro, *l. 7, § 8, pro emt.* Ed anche qui bisogna limitare a tali due cause l'affermazione di Paolo *d. l. 1, § 6, vers. Sed et, h. t.* Torna la chiara limitazione nella *d. l. 7, § 8, pro emt.*, in *Gaj. II, 94*, e nel *§ 4. I. per quas pers.*: torna il chiaro argomento dalla *l. 54, § 4, de a. r. d.* — Presa una cosa all'infuori delle accennate due cause, il possesso civile neppure appartiene ad esso uomo libero; perchè, posseduto com'è da altri, non è idoneo subietto del civile possesso (§ 169), *d. l. 1, § 6, vers. Sed nec, d. l. 54, § 4, l. 118, de R. I.* — Che se l'uomo libero sia posseduto in m. f., non acquista possesso al possessore proprio per difetto del primo requisito, *d. l. 1, § 6, vers. Quod si*; nè a se stesso perchè posseduto da altri, *ib. vers. Sed nec.* A questo punto spetta la risposta di Giavoleno *l. 23, § 2, h. t.* presa dal suo *lib. 1, epistolar.* Un tale proponeva al giureconsulto la seguente domanda « Si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam: an omnia quae is possidebat ego possideam per illum? » Colui era mosso, siccome e da tale interrogazione apparisce e dalla seguente risposta di Giavoleno, dal credere che esso possedesse l'uomo libero da lui ritenuto in vincoli; conscio di quanto momento ciò sia per ammettere l'acquisto di possesso per altri, tanto che Proculo ne formava una indispensabile condizione. Il giureconsulto risponde « Si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto; quod cum ita se habeat, multo minus per illum res ejus à te possidebuntur, neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo. » L'argomento di Giavoleno è *a majori ad minus*, e significa: Tu sei in errore; tu non possiedi quell'uomo, appunto perchè è un uomo libero. Ond'è che molto meno acquisti possesso delle cose di lui; perchè la natural ragione, che assurdi non soffre, non soffre questo assurdo che tu acquisti possesso per mezzo di colui che in genere non ti è istromento d'acquisto (il nostro primo requisito), ora a que-

sto scopo neppur basterebbe che tu possedessi un uomo ma converrebbe che lo avessi in civil potestà per via di dominio o della equiparata buona fede. [1]

§ 258.

Noi acquistiamo il possesso anche per mezzo di persone che sono *sui juris* nè *sunt in servitute*. — Tali sono coloro, che, costituiti in proprio diritto, ebbero da noi il mandato di acquistarci il possesso. È un'opinione, che e fra gli antichi e fra i recenti scrittori ha trovato molti fautori, avere Severo ed Antonino introdotta colla *l. 1, C. h. t.* la massima del potersi per procuratori acquistare il possesso. Si basa sulle parole di Ulp. *l. 11, § 6, de pign. act.* « constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri, » e di Giustiniano *§ 5, I. per quas pers.* « per liberam personam, veluti per procuratorem placet non solum scientibus sed etiam ignorantibus nobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem. » Io credo, che la massima suenunciata non sia stata da Severo ed Antonino introdotta; ma che, dopo antiche dispute, già alla loro epoca fosse dalla generalità ricevuta, solo che alla medesima epoca avesse tuttora qualche contradittore. La massima ebbe al certo anticamente molti oppositori; come quella che formava eccezione al principio che non si acquista per mezzo di libere persone, e creava appositamente quell'attitudine ad essere istromento che è un requisito onde possesso venga acquistato per altri (§ 242). Ritengo però, che all'età di Trajano fosse già adottata, e non

---

[1] Così Giavoleno sabiniano. Ma anche i proculiani avrebbero potuto argomentare *a majori ad minus* così: Tu sei in errore; non possiedi quell'uomo. Ond'è che molto meno acquisti possesso delle sue cose, perchè, per acquistare possessi per mezzo di un uomo che è in servil condizione, due cose son necessarie: primo che abbiamo il possesso sull'uomo stesso (requisito proculiano per la disponibilità); ed inoltre per natural ragione, che nell'uomo ci sia in genere idoneo istromento d'acquisto, ossia che si trovi nella nostra potestà civile. Ora anche questo fallisce nel caso.

le rimanessero molti avversari.[1] E di fatti troviamo dall'epoca di Trajano, prima di Severo e Antonino, consenso di giureconsulti d' ogni scuola. Nerazio proculiano, che visse all' epoca di Trajano,[2] nella *l. 41*, *de usurp. et usuc.*[3] dice « per procuratorem possessionem adipisci nos, jam fere convenit. » Ed Aristone sabiniano, amico di Plinio giuniore e contemporaneo di Giavoleno, nella *l*, *9*, *§ 8*, *de R. C.* tratta di acquisto di *condictio ex mutuo* per mezzo di procuratore, e lo applica a difficili speci. Già si procedeva ai contratti, ai quali poco a poco fu protratta la rappresentanza per mezzo di procuratori, lo chè fu poi sviluppato principalmente per opera di Papiniano.[4] Giuliano, sabiniano anch' esso, approva la sentenza di Aristone in *d. l. 9*, *§ 8*. Così si spiega perchè nella *l. 51*, *h. t.* Labeone, di una scuola, più dubbiosamente a' suoi vecchi tempi, e Giavoleno, d'altra scuola, più ricisamente in età meno antica e posteriore a Trajano, riconoscono la massima ripetuta (§ 214); e Giuliano, discepolo di Giavoleno, la ribadisce nettamente nella *l. 37*, *§ 6*, *de a. r. d.* Che poi qualche questione rimanesse tuttora, è testimonio Gajo *II*, *95*, ove dopo lo esame di Studemund va certamente letto così « tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem nobis acquiratur; » ora Gajo

---

[1] **Maynz** *t. I, pag. 536, not. 17* crede, che la massima fosse già ricevuta al tempo della Repubblica. Ma il passo della legge agraria da esso riportato prova bensì, che nelle tradizioni si adoperasse il procuratore, ma non così che il possesso direttamente andasse al mandante. Certo che l'acquisto diretto del possesso nel procuratore da trasferirsi quindi da questo nel mandante, nulla aveva d' irregolare, e perciò fu sempre riconosciuto. Già notammo (§ 237 n. 1). che dei frammenti ancora nelle pandette a questo caso si riferiscono. La distinzione poi fra questo caso, e quello di cui ci occupiamo nel testo, cioè dell' acquisto diretto nel mandante, sarà da noi ritrovata nella *l. 43*, *§ 1. de furt.* (§ 383). Alcuni scrittori tedeschi distinguono i due casi con nomi speciali: il procuratore che acquista direttamente al committente è chiamato *Stellvertreter;* quello che acquista direttamente a se stesso, *Ersatzmann.*

[2] **Sparziano** *in Ael. Adrian.* narra che Trajano a Nerazio raccomandò le provincie ove a se qualche cosa di fatale accadesse.

[3] Torneremo su questo testo al § 580.

[4] Il mio libro *De obligat. pag. 142 segg.*

scrisse il commentario secondo dopo Trajano, e circa trenta anni prima di Severo ed Antonino. Tutto questo è confermato dalla stessa *l. 1, C. h. t.*; poichè dice « Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem; et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est. »[5] Di fronte a così chiare parole è manifesto, che le surriferite espressioni della *l. 11, § 6, de pign. act.* e del *§ 5, I. per quas pers.* vanno prese in un senso ristretto. Credo così: Severo e Antonino furono i primi a fare una Costituzione la quale troncasse ogni dubbio, eliminasse le ultime dissensioni alle quali è fatto cenno nella *d. l. 41, de usurp. et usuc.* e in *Gaj. II 95.* E credo ancora, che gl' Imperatori terminassero le controversie specialmente sul punto dell' acquisto *ignorantibus* (ignoranti attualmente, come vedremo). Poichè quantunque al tempo di essi Imperatori già fosse generalmente ricevuto l'acquisto del possesso per mezzo di procuratori, e, secondo me, fosse pure ammesso generalmente tale acquisto *ignorantibus* (senza di che sarebbe sparita quasi tutta l'utilità degli adoperati procuratori); pure quelle controversie, che alcuni facevano tuttora, più caldamente eran fatte su questo punto, ove la estensione del gius positivo si portava anche all' elemento dell' animo (cf. § 210 in fi.). Infatti nel *d. § 5, I.* Giustiniano nel parlare di questa Costituzione espone questo punto con più largo discorso.

§ 259.

Adunque è stato ricevuto, che anche agli ignoranti attualmente si acquisti per mezzo dei procuratori, ai quali sia fatta tradizione, possesso e dominio *l. 13. pr. de a. r. d., l. 34. § 1., l. 49. § 2. h. t., l. 1. C. eod. tit., § 1, I. per quas pers. cuiq. acq.* Dico e dominio e possesso: diversamente che negli acquisti per mezzo de' servi e figli di famiglia; per i quali acquistiamo anche ignoranti il dominio, ed ignoranti assolutamente anzi anche inviti, ma possesso fuori della causa

[5] Nel fine alcuni leggono « juris pridem. »

peculiare acquistiamo solo attualmente scienti e volenti. Dominio acquistiamo per mezzo di costoro, anche se non vogliamo, perchè ci sono mezzi d'acquisto legali e necessari; mentre altrettanto non può dirsi del possesso, cosa di fatto, che perciò non può dirsi esistere in chi ignora del tutto o ripugna. Nel caso del procuratore v'è sempre una nostra volontà, quella espressa nel dare il mandato; e questa per ragione d'utilità fu creduta bastevole, affinchè, siccome sopra accennammo, non si rendesse quasi inutile la teoria de' ricevuti procuratori. Dappoichè i mandanti non possono ordinariamente conoscere il momento preciso in cui la consegna vien fatta ai loro procuratori. Ad intuito di quella volontà antica Modestino *l. 53*, *de a. r. d.* dice del possesso « per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus. »

§ 260.

Ulpiano *l. 34*, *§ 1*, *h. t.* sembra ammettere l'acquisto per procuratore anche a favore di un ignorante assolutamente. Poichè dice, che se tu consegni al mio procuratore il fondo corneliano, ed il procuratore sappia che gli vien consegnato il fondo corneliano, ma io creda che sia il fondo sempro-niano (non per errore solo di nome, ma di corpo), mi viene acquistato il possesso di quel fondo corneliano, perchè « cum placeat, ignoranti acquiri, poterit et erranti. » Ora in me sembra mancare ogni volontà rispetto al fondo corneliano, mentre di esso neppur pensavo. Sembrerebbe adunque che all'acquisto per mezzo di procuratore non osti la piena assenza di volontà, sia per causa di errore, sia per causa d'ignoranza propriamente detta che viene da Ulpiano equiparata all'errore. Se non che bisogna ben stabilire la specie di quel frammento. Avevo ordinato al procuratore non che pigliasse un qualsiasi fondo, ma il corneliano; e poi avvennero i fatti sopra esposti. Onde se negli aggiunti riferiti di sopra mancava la mia volontà attuale pel corneliano; rimaneva pel corneliano stessa la volontà antica, abituale. E questa è bastante — Se mandato fosse stato dato per la presa d'un fondo qualunque

allora sarebbe necessaria anche la mia volontà attuale e però anche la scienza, così che l'errore sostanziale nuocerebbe. Appunto perchè in tale ipotesi mancherebbe ogni mia specifica volontà su quel fondo che fu consegnato al procuratore. Poichè non dividerei l'opinione di coloro, che ammettono l'acquisto a favore dell'attualmente ignorante (e perciò anche dell'errante), nel caso in cui il mandato fosse stato dato per l'acquisto d'un fondo, d'un cavallo ecc., in genere. E molto meno mi accosterei a molti recentissimi autori, come il Bremer l'Arndts il Windscheid il Meischeider il Randa e il nostro Bellavite, i quali seguendo le traccie di Donello, [1] così largamente prendono la regola dell'acquisto per procuratori da farsi anche agl'ignoranti, che l'applicano al caso del procurator generale, quasi che costui acquisti il possesso dei fondi dei cavalli ecc. al mandante ignaro del tutto de'singoli negozi. Gli argomenti consistono nell'osservare, che la volontà di possedere esiste nella volontà complessiva espressa nel mandato. Aggiungono la necessità de'commerci. Ed il Bremer si vale ancora delle *l. 13*, *pr.*, *l. 20*, *§ 2*, *l. 53*, *dc. a. r. d.*, *l. 1*, *§ 20*, *h. t.* Meglio, mi pare, Savigny, Puchta, Göschen, Maynz ed altri negano alla regola cotanta latitudine [2]. Paolo *V*, *2*, *1*, dice « Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno », e nella *l. 3*, *§ 12*, *h. t.* « Ceterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus: sicut diximus per colonum et servum. Nec movere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt: nam videmur eas eorumdem et animo et corpore possidere. » Nell'animo regolarmente non si ammette istrumento; ed allorchè acquistiamo per mezzo di altri, si richiede il nostro animo tale quale si richiede

---

[1] Donello *V. 8, § 10.*, Bremer *Zeitschr. N. F. XI, pag. 211, seg.*, Arndts *§ 140, no. 2,* Windscheid *§ 155, n. 9,* Meischeider *pag. 284,* Randa *§ 20,* Bellavite *Arch. giurid. IV, 595.*

[2] Savigny *pag. 294., seg.*, Puchta *Rechtslex, II, pag. 61, Vorles. § 124,* Goeschen *II, § 210,* Maynz *§ 171. no. 11.* Puchta però pensa contro la nostra opinione nell'altro caso del mandato per l'acquisto d'un qualunque fondo *Rechtslex. loc. cit.*

negli acquisti per corpo nostro. Poniamo il caso dell'acquisto per corpo nostro. Espressi la volontà mia di acquistare un fondo in genere; tu m'induci in un fondo determinato, nel fondo A. Io errando credo di essere indotto in un altro fondo del tutto diverso, nel fondo B. L'errore è sostanziale. Inettamente si direbbe, che io acquisti il possesso del fondo A per il motivo che, pur mancando la presente volontà specifica per esso fondo a cagione dell'errore, esista però e basti la volontà generale di acquistare un fondo qualsiasi, mentre anche il fondo A è un fondo. Eppure tanto converrebbe dire, se bastasse negli acquisti quella volontà generale della quale parlano gli avversari. Come pure, se la general volontà verso l'obietto da acquistarsi fosse bastevole in quanto che comprenda le volontà verso le speci singole, converrebbe dir valida una stipulazione « insulam aedificari, non demonstrato loco: vel fundum dari, non adjecto nomine » contro la *l. 115, pr. de V. O.* Pertanto la volontà vaga, generica sull'oggetto d'acquistarsi, non basta quando acquistiamo da noi stessi.[1] Dunque neppur basta quando acquistiamo per mezzo altrui. Ond'è che la volontà generale che rapporto agli oggetti da acquistarsi è compresa nella costituzione del peculio, non basta a formare pel padre di famiglia un vero possesso sulle cose acquistate a nome del peculio stesso dal servo o figlio: ma della considerazione della general volontà si servono gli autori del diritto solo nel costruire coll'appoggio di concorrenti ragioni un possesso finto (§ 245, 246). vero egli è che negli acquisti per via di procuratore qualche estensione è stata fatta dal gius positivo anche riguardo all'elemento dell'animo, essendo stato ricevuto che basti la nostra volontà abituale. Ma ciò non fu ricevuto che dopo dispute durate più

[1] Infatti vedi l'opinione dello stesso **Randa** basata su questo principio § 217. n. 3. — Per questo stesso principio vedemmo (§ 239), che in forza della *l. 30. pr. h. t.* non si acquista il possesso delle cose contenute nell'edifizio, nella nave, nell'armadio da noi posseduto in virtù della sola generica volontà di possedere quel che venga contenuto, e nell'ignoranza delle speci.

o meno fino a Severo ed Antonino; opponendosi alcuni a tale estensione appunto perchè contraria alla regola, che negli acquisti per altrui mezzo non si supplisca che al corpo. E benchè questa estensione fosse, siccome vedemmo, urgentemente desiderata per l'istessa ragione che l'uso de' procuratori aveva in genere indotto nell'acquisto de' possessi, pure non fu pienamente fermata che da quegli imperatori. [1] Ond'è che da questo punto sorge piuttosto un nuovo argomento a favore della nostra sentenza. Certo che male si argomenta da esso per rispondere affermativamente alla doppia questione, della quale ci occupiamo nel presente paragrafo; dappoichè converrebbe farvi una ben più grave violenza riconoscendo l'acquisto senza alcuna volontà specialmente diretta all'oggetto da acquistarsi. — Vero egli è che il riconoscerlo sarebbe pe' commerci più comodo; ma neppure è per essi necessario; nè inutile si rende col negarlo la teoria dell'ammissione dei procuratori. E ciò bastò ai romani per non protrarre più largamente un diritto anomalo, e non turbare più gravemente la regola espressa sulla indispensabilità dell'animo nostro nell'acquisto per altri come nell'acquisto per noi medesimi. I testi invocati da Bremer nulla provano; mentre conchiudono semplicemente l'ammissione di procuratori per l'acquisto del possesso e del dominio, e questo anche « volentibus nobis » *(d. l. 53, de a. r. d.)*. Si prestano egregiamente a formare la fattispecie del mandato dato su cosa spe-

---

[1] Parimenti in un'altra specie d'acquisto per libera persona troviamo acquistato a noi il possesso in un'epoca in cui veramente mancava anche l'animo nostro; ma pur questo fu accettato come una necessaria conseguenza degli ammessi procuratori. È quando il *negotiorum gestor* pigli per noi. Vedremo § 274, che se da noi si fa ratiabizione, questa vien retrotratta, e così avviene ciò che or ora notammo. Ma, ripeto, fu questo un effetto necessario dello avere ammesso i mandatari, i procuratori. Perchè, ricevuto ciò, fu mestieri ammettere anche la ratiabizione in caso di *negotiorum gestor*, per la regola che « ratihabitio aequiparatur mandato. » Ora la ratiabizione porta con se la retrotrazione necessariamente. Però c'è sempre una volontà specifica verso l'obietto.

cifica; anzi qualcuno (*d. l. 20, § 2, de a. r. d.*) esprime la fattispecie a questo modo. [1]

§ 261.

Se può acquistarsi il possesso per procuratori, anche dagl'ignoranti nel modo che abbiamo esposto di sopra; però, consegnata una cosa aliena, non può essere usucapita senza che si sappia e si voglia, *l. 49, § 2, h. t., l. 47, de usurp. et usuc., l. 1. C. h. t.* La ragione; perchè per usucapire non basta il possesso ma si domanda la positiva buona fede, ossia (ordinariamente) la credulità positiva del dominio (§ 496 e 499); credulità che non può concepirsi che in colui il quale conosca l'acquisto. Che se al procuratore fu consegnata cosa non aliena ma di proprietà del tradente, il dominio viene immediatamente acquistato al mandante che pure attualmente ignori, *l. 13, pr. de a. r. d.* etc. Perchè è la realtà del dominio esistente presso il tradente, e non la nostra fede o la credulità, onde ci si acquistano immediatamente i dominii.

§ 262.

Che diremo del caso che non il mandante ma il procuratore incorra in errore sostanziale? sembrava doversi negare l'acquisto del possesso, perchè l'animo richiedesi anche nel procuratore (§ 241), ma animo non è dell'errante *l. 116. § 2. de R. I.* Eppure Ulpiano *l. 34. § 1, h. t.* afferma l'acquisto. Perchè le persone, per le quali acquistiamo, debbono sì avere animo, ma solo quello di esserci istromenti. Ma l'animo che propriamente si dirige ad acquistare il possesso civile, ha da essere nel mandante, o attualmente o abitualmente. Nel caso il procuratore volle essere nostro istromento, e perciò

---

[1] Credo che non a ragione SAVIGNY si valga a difesa della sua opinione, che è pur la nostra, della *l. 42, § 1, h. t.* e di *Paul. V. 2, 2.* Rispondono bene gli avversari, che questi frammenti riguardano i *negotiorum gestores.*

nostro istromento veramente diviene. Questo basta onde si dica avere egli conferito il suo corpo per il nostro acquisto del possesso civile. Il procuratore non ebbe, egli è vero, un animo per se bastevole all'acquisto del possesso civile; ma ciò non importa, mentre questo animo non è necessario che in esso si trovi, ma trovar si deve nel mandante.

§ 263.

Si dubita gravemente se il dritto nostro abbia progredito ancora fino a riconoscere in noi acquisto di possesso e di dominio anche quando manchi la volontà del procuratore di acquistarci; in quanto che esso, mancando alla fede, prese da te che consegnavi la cosa onde venisse dal mandante acquistata, colla mente di farla propria. I testi sembrano essere in aperta contradizione. Nella *l. 1 § 20, h. t.* Paolo, dopo aver detto che si acquista per mezzo del procuratore del tutore del curatore, eccepisce « Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt [1] acquirere. » E nella *l. 37, § 6, de a. r. d.* Giuliano « ... si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. » Osta Ulpiano *l. 13, de donation.* « ... si procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. » Mirabile la varietà degli interpreti. Cujacio crede che non si acquisti il possesso ma sì il dominio; a quello riporta la *l. 1, § 20* e la *l. 37*, a questo la *l. 13.* Ma osta il testo di Giuliano. Non solo perchè posto sotto il titolo de *acq. rer. dominio*, ma perchè vi è stabilita la questione unicamente sul dominio (« ut meam faceres... ut suam faceret »), e vi si risponde assolutamente « nihil agetur » — Savigny *pag. 283, seg.*, Rudorff *n. 92*, Böcking *Pand. § 464*, Vangerow *I, pag. 428*, Maynz *I, pag. 610, no. 8.*, ed altri, credono che la decisione buona si trovi

[1] Così la fiorentina. Molti Codici leggono « non possumus. »

nella *l. 13*; la mente del tradente essere la decisiva, valere la sua sola intenzione. Che Paolo nella *l. 1 § 20* dia una regola generale che riceve eccezione nella tradizione, e che vale nella occupazione, come se mandato sia stato dato a cacciare o pescare od occupare altrimenti. Che Giuliano nella *l. 37, § 6* tratta bensì della tradizione, ma quando dice « nihil agetur » deve intendersi secondo la mente del procuratore ossia allo scopo che si acquisti a lui, e così non esclude l'acquisto del mandante. Cotesta interpretazione mi ricorda quella che alcuni antichi davano al *§ 3, I. de usufr.* e che apparve manifestamente erronea dai commentari di Gajo *II, 30*. Falsa la credo, come la opinione di cui fa parte. In verità non s'intende perchè negli altri modi di acquistare si abbia a considerare la mente del procuratore, e non nelle tradizioni che pure non sono composte dal solo tradente ma con eguale influenza anche dall'accipiente, tanto che lo stesso Savigny *Syst. III, pag. 317*, le annovera frai contratti. Si fa violenza a Giuliano che espone la tradizione non solo come fu voluta dal procuratore ma in ogni sua parte come fu fatta, e domandando della sua efficacia risponde « *nihil* agetur. »[2] Anzi è da osservare, che il giureconsulto si dirige piuttosto alla volontà del dante; poichè nel porre la specie diceva « Si cum mihi donare *velles*. » Pertanto riguardo al trasferimento del dominio, di cui è il trattato di Giuliano, nulla si opera nel caso. Finalmente alla opinione che esaminiamo osta Paolo, che nel *§ 20* applica immediatamente nel *vers. Alioqui* alle tradizioni la preposta regola sui procuratori ecc. — Un'altra opinione, che fu di Donello ed ora è di Bremer *Zeischr. f. Civ. etc. XI, pag. 249, seg.*, di Jhering *Iahrb. I, pag. 320*, di Windscheid *§ 155, no. 7*, e di altri, ritiene, che non debba giudicarsi *de inter-*

[2] Se avesse voluto negare la efficacia solo relativamente alla volontà del procuratore, Giuliano si sarebbe espresso come si esprime Ulpiano « nihil agit in sua persona, sed etc. »

[3] Può bensì concepirsi presso il procuratore il possesso acquistato col corpo e coll'animo, siccome ragionevolmente osserva VANGEROW, e noi ripeteremo in seguito. Ma ciò non turba la piena fòrza del « nihil agetur » di Giuliano, che manifestamente si occupa del solo dominio.

ms. Se il procuratore si presentò come tale innanzi al tradente, e questi diè a lui come tale; nell'esterno atto della tradiziohe, del quale solamente si ha da giudicare, conserva la figura di procuratore e d'istromento. Si conchiude, che dunque l'acquisto si fa al mandante secondo Ulpiano *l. 13.* Per converso se il procuratore espresse al tradente la propria deliberazione di prendere per se ed il tradente voglia che si acquisti al mandante; allora per la diversità delle volontà la tradizione sia invalida, giusta Paolo *l. 1, § 20* e Giuliano *l. 37, § 6.* Ma neppure a tale opinione possiamo sottoscrivere. Vero egli è che non si debba giudicare *de internis*; ma questa verità astratta non è da credersi trattata praticamente da un giureconsulto. Donello e i suoi seguaci parlano di mera riserva mentale; e posta la medesima, sarebbe vero astrattamente parlando quel che sostengono, sul doversi non ostante compire la tradizione come se quella riserva non esistesse. Perchè non siamo in grado di giudicare *de internis;* ossia non è dato agli uomini il tener conto di ciò che è passato nel pensiero di alcuno e non può essere esternamente provato. Ma allorchè Ulpiano parla della volontà del procuratore, non parla del supposto mero pensiero, lo che sarebbe stato da moralista e non da giureconsulto. Ma della volontà conosciuta e dichiarata al tempo della tradizione [4] in modo che consti della medesima. Ciò posto, essa non può non influire nell'atto del ricevere e nella tradizione, che dalla medesima ancora risultano: dappoichè in tutti gli atti diamo moltissimo alla volontà e all'animo (espresso, provato; di cui si occupano i giureconsulti), dal quale gli atti medesimi pigliano il carattere morale e giuridico. [5] — Meglio di tutti a mio avviso

---

[4] Una dichiarazione fatta dopo la tradizione sarebbe nella nostra questione come non fatta; mentre si ridurrebbe ad una mera asserzione che non prova.

[5] Nulla prova per la supposizione di DONELLO, che Ulpiano parli della mente, dell'animo dell'accipiente. Della mente parla anche Paolo semplicemente, e della sola mente si esprime Giuliano per tre volte. Ma tutti e tre i giureconsulti intendono la mente espressa, provata.

ha inteso la presente controversia Exner *Die Lehre von Rechtserwerb durch Trad.*, sostenendo esser quella di Ulpiano una nuova sentenza contraria alla sentenza comune, espressa da Paolo e da Giuliano e conforme alla stretta logica. Spiegherei nel modo seguente. Quanto al dominio « nihil agetur » come bene risponde Giuliano *l. 37, § 6*, perchè nel dissenso delle volontà del dante e dell'accipiente le tradizioni sono nulle, e senza tradizione la cosa non diventa *in bonis*. Ulpiano contradice nella *l. 13* per ragione di benignità, cioè affinchè non si facesse frode al mandante e per la perfidia del procuratore non si pervertisse la liberalità dell'amico che vuol donare a quello. Certo lo scoliaste greco attribuisce all'equità la risposta d'Ulpiano (« κατὰ τὸ φιλάγαθον » *Basil. XLVII, 1, 12, Heimb. IV, 569*); e consta che Ulpiano in materia di donazioni era assai facile a rispondere contro le troppo rigorose regole del dritto (mio libro *De obligat. pag. 157, segg.*) Quanto al possesso non è acquistato al mandante secondo Paolo *l. 1, § 20*, perchè il mandatario non ha volontà di prestarsi come istromento, volontà necessaria (§ 241) ; ma però è acquistato al procuratore stesso in cui ambedue gli estremi dell'animo e del corpo innegabilmente si ritrovano (not. 3).

§ 264.

Affinchè acquistiamo per mezzo di mandatario il possesso, non è necessario che esista un mandato valido giuridicamente. È atta anche la commissione data dal padrone al servo proprio; imperocchè in tale ipotesi il servo viene giudicato col dritto del mandatario, siccome vedemmo dalla *l. 31, § 3, de usurp. et usuc.* (§ 249). Altrettanto è dimostrato dalla *l. 34, § 2, h. t.*; dove Ulpiano nel dire, che il mio servo acquisterà a me ignorante il possesso, tratta appunto di mandato, come apparisce dal contesto col verso seguente in cui si occupa del mandato dato a servo altrui. Eppure tale mandato non è punto un giuridico negozio, come bene osserva Savigny *pag. 290*. Parimenti si acquista possesso a colui, dal quale è stato dato mandato ad un servo altrui, che era pos-

seduto da esso, o da nessuno ma che si trovasse in godimento di libertà, *d. l. 34*, *§ 2*, *vers. Nam et*, *d. l. 31*, *§ 2 de usurp. et usuc.* Se il servo fosse posseduto dal padrone o da un terzo, allora non si acquisterebbe a quel mandante il possesso perchè gli mancherebbe la desiderata disponibilità.

§ 265.

Neppure è duopo che il mandato si trovi esplicitamente pronunciato: basta il mandato implicito, ossia emergente *ex eo quod gestum est* — Hanno ragione Savigny *pag. 297*, Windscheid *§ 155*, Arndts *§ 140*, Randa *pag. 415 seg.*, ed altri recenti a riportare agli acquisti per mezzo altrui quel *constitutum possessorium* che parve ad Azone *mirabile mundi*. La denominazione non è esattamente romana, ma si fonda nella *l. 18*, *pr. h. t.* di Celso « Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere. » Possedevo civilmente un fondo coll'animo di dominare; ora lo piglio in affitto dal padrone che già era tale o che io voglio far tale presentemente. È questo l'esempio che trovasi presso Marcello *l. 19*, *pr. h. t.* e presso Ulp. *l. 77*, *de R. V.* Sembra, che io riceva mandato di acquistare per costui il possesso e di ritenerlo per esso. Si finge, che io consegni a me stesso come a procuratore, cosicchè io finisca di possedere civilmente e l'altro cominci, [1] quindi come procuratore consegni a me di nuovo come conduttore, che riterrò in tal qualifica il possesso per quell'altro. È questo procedimento similissimo a quello che si osserva ne' casi di tradizioni *brevi manu* fatte fra due persone, da noi esposti § 227-233: poichè anche in essi non ha luogo cangiamento di stato esterno. Ne differisce però, ed ha ricevuto

[1] La disponibilità in quest'altra persona si ritrova in quanto che io le ho fatto da procuratore per un tempo benchè momentaneo; in questo stato la disponibilità si concepiva in essa e ciò basta. L'idea di procuratore, che trovasi in questo negozio, è la ragione per cui Celso *d. l. 18*, *pr.* soggiunge immediatamente l'osservazione sul procuratore che presti ministero all'altrui possesso.

dai commentatori un nome suo, in quanto che ne' medesimi dal possesso civile o naturale del detentore si fa in esso un possesso nuovo ma non deteriore di quello; mentre nel costituto possessorio dal possesso civile del detentore si forma in esso un possesso naturale ed il civile viene acquistato ad un altro. Il costituto si fa per guadagno di un altro quanto al possesso, onde in esso interviene l'idea di procuratore. Nè nel costituto si fingono gl'istessi giri che in quei ricordati casi di tradizioni. Nell'allegato esempio non fingiamo che la cosa passi da me all'altro e da quest'altro di nuovo a me: ma, come dissi, fingiamo che da me come civil possessore passi la cosa a me come procuratore altrui, che poi la riterrò come conduttore, l'altra persona non acquista col corpo suo ma col corpo mio.

§ 266.

Altro esempio di costituto possessorio è nella ritenzione dell'usufrutto; p. e. se a te donai, detti in dote, vendetti la cosa, dedotto per me l'usufrutto. Mentre con ciò stesso sembrò consegnare a me come tuo procuratore, che poi ritengo per causa d'usufrutto, *l. 28*, *l. 35*, *§ 5*, *C. de donation.* — Altro esempio nella rogazione a precario. Come se io, che possedevo ed usucapivo *pro herede*, ora chieda dall'erede a precario una cosa posseduta: si finge che io dia a me quale procuratore dell'erede, e quindi ritenga a precario, *l. 21, pr. h. t.* Aggiungi altre speci dalle *l. 6*, *§ 3*, *l. 18*, *de precar.*, *l. 15*, *§ 2*. *qui satisd. cog.*, *l. 6*, *pr. pro emt.* — Un esempio ancora è nella ritenzione di una cosa che vogliamo obbligata di pegno propriamente detto (§ 271). — Un altro ne trovano ragionevolmente Savigny *pag. 374*, e Puchta *Inst.* *§ 241*, *no. c.* nella *l. 2*, *pro socio* di Gajo. Aveva Paolo nella *l. 1*, *§ 1*, *eod.* detto, che, fatta società di tutti i beni, i beni tutti si comunicano subitamente. Soggiunge Gajo « Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. » — Credo che costituto possessorio sia ancora allorquando un venditore o donatore, senza prendere in affitto o ritener l'usufrutto,

dichiari semplicemente al compratore o donatario di voler possedere a nome di esso in qualità di mandatario o di depositario; od anche di voler trasferirgli presentemente il possesso, mentre ciò non può farsi senza il costituto possessorio. Si finge che esso consegni a se come procuratore del compratore o donatario per poi ritenere come procuratore ancora o come depositario. Fu questa maniera di costituto in uso de' nostri notari, e fu consona ai principî del dritto romano.

§ 267.

Ciò che dissi sul ritrovarsi costituto possessorio nella semplice dichiarazione dell'alienante di voler trasferire ora il possesso nel compratore, dispiace a Savigny *pag. 229, segg.* Esso è mosso a negarvi il costituto dalle seguenti considerazioni. Primieramente perchè il costituto possessorio non si deve presumere. In secondo luogo per il testo di Papiniano *l. 48, h. t.* Un tale avea donato alcuni fondi coi servi « eorumque (praediorum) se tradidisse possessionem literis declaravit. » Dice Papiniano che solo avverrà l'acquisto del possesso dei fondi, se realmente seguirà l'apprensione; lo chè, soggiunge, potrà anche farsi col pervenire di uno di que' servi al donatario dal quale venga rimandato ne' fondi; con questo il donatario acquisterà per mezzo di esso servo il possesso dei fondi e degli altri servi. Dunque, dice Savigny, per costruire il costituto possessorio non si dà peso al fatto di aver l'alienante scritto in una lettera, che esso intende colla presente (*hiermit*) esser consegnati i fondi. — Alla prima osservazione rispondo, che certamente non presumiamo il costituto possessorio; purchè bene intendiamo il significato che in questa proposizione ha la parola presunzione. Importa, che la volontà nella quale si forma non sia vera; cioè nè espressa colle parole nè tacitamente manifestata ossia arguita dal fatto, ma finta dalle leggi. Onde siccome non si danno finzioni di finzioni (appunto perchè non troppo debbonsi cumulare le cose fittizie); ne deriva che presunzione di costituto possessorio non si riceve. Ossia, con altre parole, per formare il costituto

possessorio è necessario un atto presente onde la volontà a formarlo venga espressa o arguita.[1] Ma nella presente questione non si tratta di volontà presunta, anzi neppure di tacita mentre fu apertamente espressa. Quanto alla *l. 46* il donante non avea scritto che intendeva colla presente lettera (*hiermit*) fare la consegna, ma di averla già fatta (« se tradidisse possessionem »): onde svanisce la base dell'argomentazione di Savigny. Forse alcuno domanderà qual ragione esser potesse nella fattispecie per cui si dubitasse avvenuta la tradizione mentre non v'era alcun fatto su cui potesse basarsi il dubbio. La specie era di colui che aveva mancipato i fondi coi servi per causa di donazione. Così era stato trasferito il dominio *ex jure quiritium:* perchè quantunque fra *non exceptae personae* la donazione di cose mancipi si perfezionasse non colla sola mancipazione, ma aggiunta la tradizione *fr. vatic. 313;* ciò non toglieva che la sola mancipazione trasferisse quel dominio, ma portava solamente che contro il donatario vindicante avanti la tradizione potesse eccepirsi coll'*exceptio legis Cinciae.* Quindi è che Papiniano può parlare di « donavit... donum accepit, » di donazione fatta, benchè non perfetta secondo la legge Cincia, riportando quelle parole al tempo antecedente la traslazione del possesso, la tradizione. Pertanto il donatario era divenuto padrone *ex jure quiritium* e de' fondi e de' servi. I servi diventati del donatario cominciarono, sapendo e consentendo il donante, ad operare ne' fondi a nome del donatario medesimo. Così avvenne, che il donante credette avere il donatario per mezzo di que' servi acquistato il possesso dei fondi, come sogliamo acquistare per i servi nostri i possedimenti. E così scrisse. Ma era in errore: perchè sui servi, ne' quali abbiamo per mancipazione acquistato il dominio *ex jure quiritium* ma non l'*in bonis* per tradizione, non si dice che noi abbiamo potestà *Gaj. I, 54.* Perciò non acquistiamo per mezzo di loro, ma per essi segue

[1] Non faremo una singolare annotazione frai requisiti del costituto possessorio sul non doversi esso presumere: perchè ciò deriva semplicemente dalla regola generale, che non si danno finzioni di finzioni.

ad acquistare colui che, ancora non consegnati, li ha *in bonis* *Gaj. II, 88, III, 166, Ulp. XIX, 20.* Manca pel nostro acquisto il primo requisito del § 242. Dalla spiegazione data s'intende l'analogia della fattispecie col responso di Papiniano, che indica un implicato metodo per l'acquisto del possesso; mentre poteva più semplicemente suggerirsi che venisse il donatario indotto ne' fondi o fosse da esso a tale scopo inviato un procuratore o un altro suo servo qualunque. La stessa disputa, che era sull'acquisto del possesso per mezzo de' servi stessi donati, persuase la indicazione fatta da Papiniano: che dovesse almeno uno de' servi medesimi diventare *in bonis* del donatario onde poi acquistare il resto per suo mezzo. Se nella lettera il donante avesse scritto che colla presente intendeva consegnare, sarebbe stato costituto possessorio: non è questo riconosciuto da Papiniano perchè ben diverse erano l'espressioni della lettera nè si era in alcun vero modo inteso di farlo.

§ 268.

Anche un caso di costituto possessorio, che si componesse avanti al pretore nel processo degl' interdetti, credo trovarsi nella *l. 52, § 2, h. t.* di Venulejo « Species inducendi in possessionem alicujus rei est, prohibere ingredienti vim fieri: statim enim cedere adversarium, et vacuam relinquere possessionem jubet: quod multo plus est quam restituere. » Cos' è mai questa induzione in possesso, questo acquisto di possesso senza vero contatto (per dirlo proprio) senza alcun altro atto fisico (per dirlo almeno improprio)? A torto Savigny *p. 192* intende di qualunque caso in cui altri soffra resistenza e la vinca, quasi che egli acquisti con ciò stesso il possesso del fondo. Ripugnano le parole del testo, che sono dell' induzione nel fondo per mezzo della proibizione di usar violenza, adunque della forza usata da altri e non dall'acquirente; ed esprimono indistintamente la proibizione di far forza ed il comando di lasciar vacuo il possesso, ora tal comando non è vincere la resistenza ma imporre che essa non abbia luogo. La pa-

rola *jubet* ci riporta al pretore, siccome notarono i basilici, la glossa, e poi Cujacio, e notano altri più recenti: ossia agl'interdetti. A quale interdetto? Piuttostochè pensare dell'interdetto *unde vi* con Cujacio (*VIII*, *315*) penserei dell'interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit,* mentre in questo interdetto il pretore comandava così: *Vim fieri veto* (*l. 4*, *pr. ne vis fiat etc.*), mentre in quello dava il comando: *Restituas* (Cicer. *pro Caec. 19*, *seg.*), escluso da Venulejo anzi opposto alla sua specie.[1] Dell'interd. *ne vis fiat* pensano anche la Glossa, Rudorff (*Zeitschr. f. g. R. W. IX*, *p. 26*), e Schmidt (*Interdikt. p. 71*). Ma questi stessi autori diversamente da me applicano questo interdetto a spiegare le parole di Venulejo. Così Schmidt intende, che chi ottenne interdetto proibitorio possa prendere la cosa da per se senza dazione dell'avversario; diversamente colui ché ottenne solo interdetto *ut sibi restitueretur.* Non mi sembra buona spiegazione; perchè anche nel caso primo sarebbe sempre, al tempo del concesso interdetto, futuro l'acquisto del possesso; ma Venulejo parla di presente induzione. Giustamente dice Cujacio « inducere in possessionem, id est facere possessorem »; vid. *l. 33*, *h. t.*, *fr. vatic. 27..*, *293*, *314*, *l. 2*, *Cod. Theod. de donat.* — Io spiegherei nel modo seguente. L'interdetto *ne vis fiat* era quello che davasi ai già *missi in possessionem* dal pretore, se per dolo malo di alcuno avvenisse che non potessero essere nel possesso dei beni, *l. 1*, *pr. ne vis fiat etc.* Credo,che si desse anche ai *jussi possidere* per secondo decreto *damni infecti nomine;* perchè torna la ragione istessa della provvidenza del pretore, il quale inutilmente comanderebbe se non tutelasse *d. l. 1*, *§ 1.* Nè osta, che il secondo decreto si desse quando il *missus* già fosse nel possesso, onde pare che non s' intenda la ragione del tutelarlo mentre è dalla sua stessa posizione tutelato. Poichè, dato pure che il *missus* in

---

[1] Per l'istessa ragione non mi accosto al WITTE *Uti possid. pag. 59*. che riferisce il testo agl' interdetti *quem fundum*, *quem usumfructum*. Perchè il comando era: *Restituas; fragm. vindob. IV*, *1* « cogitur ad me transferre possessionem », *fr. vatic. 92*, *93*, « de restituendo usufructu... restitutus ex hoc interdicto ususfructus. »

forza del primo decreto abbia preso il possesso ed abbia in esso perseverato, pur sempre non lo ha intiero e solidale perchè lo ha insieme al padrone (§ 117). Onde opportunissimo gli è ora l'interdetto affinchè non gli si faccia violenza, quando in forza del secondo decreto vuol entrare in ogni luogo del fondo, escludendo da ogni parte l'antico padrone. Secondo me Venulejo parla di questo secondo decreto, lo chè il solo Paolo Castrense, che io sappia, ha pensato: e lo arguisco dalle parole « cedere adversarium et vacuam relinquere possessionem jubet », le quali non possono spettare al primo decreto che non esclude il possesso del padrone.[1] Ma come mai secondo la mia opinione vi si può trovare il costituto possessorio, come mai si può a questo riportare il nostro frammento? Convien ricordare, che se trattavasi dell'*unde vi* la formola, che il pretore pronunciava frai contendenti, era « Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, cum ille possideret; quod ejus nec vi, nec clam, nec precario possideret, eo illum, quaeque tunc ibi habuit, restituas » (§ 708). Se poi si trattava del *ne vis fiat*, allora se compariva un *missus* per primo decreto, la formola era « Quarum rerum illi in possessione esse a me eove cujus ea jurisdictio fuit permissum est, quominus ille ibi sit, vim fieri veto. »[2] Se poi compariva un *missus* dal secondo decreto, la formola si concepiva così « Quas res ille possidere a me eove cujus ea jurisdictio fuit jussus est, quominus possideat, vim fieri veto » *l. 7, pr.*, *l. 15, § 20 de damn. inf.* Data la formola, o colui, contro il quale l'interdetto era dato, negava poscia di aver usato violenza, o negava la esistenza della *missio* o del suo debito relativo (§ 748); ed allora le parti erano rimandate ai giudici. O confessava di esser sottoposto all'efficacia dell'interdetto; ed allora si passava a disporre le cose secondo il riconosciuto dritto dell'impetrante e la forza dell'interdetto impetrato, *l. 6, § 2, de confess.* Però nell'*unde vi* il possesso non tornava nell'attualità all'impetrante in questo caso di confessione;

---

[1] Simili cose notai interpretando la *l. 30, § 2, h. t.* (§ 118).
[2] Cf. Schmidt *pag. 68.*

perchè l'interdetto era concepito *de restituendo.* Onde il pretore accordava ancora un tempo ragionevole, e, solo passato questo, si veniva a quella disposizione delle cose « Dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restitutionem: et si non restituatur, lis aestimabitur » *d. l. 6. § 2, de conf.* Per converso se era stato impetrato il *ne vis fiat* dopo il secondo decreto, il possesso costituivasi dopo la confessione immediatamente nell'impetrante; perchè nell'interdetto era detto « quominus possideat, vim fieri veto »; lo che « multo plus est quam restituere », mentre importa « statim cedere adversarium, et vacuam relinquere possessionem. » Più severamente difendeva il pretore la propria giurisdizione; che era la ragione dello avere introdotto tale interdetto, *l. 1, § 1, ne vis fiat.* Or come avveniva che senza contatto o corporale azione e senza apparente disponibilità si acquistasse all'impetrante il possedimento? Si spiega osservando che non per se ma per mezzo dell'avversario egli lo acquistava: ossia per via di costituto possessorio. Siamo nella supposizione che l'avversario abbia riconosciuto esser stata fatta dal pretore la missione, abbia ammesso la esistenza del proprio mal fatto, e siasi sottoposto all'interdetto che comandava l'immediata attribuzione del possesso all'impetrante. Ma nelle circostanze (quali sono, che l'impetrante non ha presente la cosa nè può da per se acquistarne il possesso) non si può tutto questo mettere in pratica, se non intendendo che esso avversario voglia ormai, fino a tanto che l'impetrante non entri materialmente nel fondo, rimanere in nome di lui in quel possesso che ha finora avuto in nome proprio. Ecco il costituto possessorio; non presunto ossia finto (che non sarebbe ammesso) ma implicitamente e veramente contenuto in quelle dichiarazioni dell'avversario. Così avviene, che in forza del secondo decreto del pretore altri viene indotto nel possesso, per la natura del decreto medesimo, secondo cui viene imposto all'avversario di cedere subito; posti i termini abili della su descritta dichiarazione di esso avversario e del congiunto costituto possessorio.

§ 269.

Non si concepisce costituto possessorio allorquando non s'intenda il mandato farsi ed esercitarsi presentemente, siccome abbiamo descritto; ma già per lo innanzi erano fissate in una persona due distinte qualità, per le quali essa doveva avere presso di se distinti due patrimoni; ed ora da un patrimonio trasferisca nell'altro. Per esempio se un procuratore o un tutore paghi a se stesso un debito onde era obbligato verso il mandante o il pupillo *l. 9, § 3, de adm. et peric. tut.* Non v'è costituto possessorio; perchè non principiamo adesso a separare le qualità, come facciamo in esso costituto, ma le qualità eran già separate così che presso la stessa persona si trovassero due patrimoni. Può dirsi che ha luogo una vera tradizione, benchè meno ordinaria; poichè si cangia certamente la posizione della cosa che da una ragion patrimoniale viene trasportata in un'altra. Così ancora se un procuratore o *negotiorum* gestore o tutore paghi a se medesimo ciò che il mandante ecc. gli doveva, benchè egli acquisti un nuovo civile possesso, pure non ha luogo una finta tradizione *brevi manu*. Giacchè non si ha da fingere che l'oggetto pagato passasse da esso al mandante ecc. e poi da questo ritornasse a lui; nella sua persona esistono due qualità distinte, per una delle quali doveva dare, per l'altra prendere; v' è in esso stesso quanto è necessario per sviluppare la tradizione, la quale inoltre apparisce anche esteriormente nella traslocazione dell'oggetto da un patrimonio nell'altro. Dice Labeone *l. 78, § 1, de contr. emt.* « Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans, nequaquam accepisti possessionem: dixi tradere *te tibi* (vera tradizione) possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem (ecco la traslazione apparente del possesso). »

§ 270.

Nè costituto possessorio s'intende, se non cessa un possesso perchè ne principî un altro nel modo che fu descritto;

mentre su questo basa quella finzione che tu consegni a te come mio procuratore. Per la qual cosa se oggi principia il possesso presso un tale che acquisti per me, non è luogo a parlare di costituto. Un esempio nella specificazione fatta da altri a mio nome nelle *l. 25, l. 27, § 2, de a. r. d.* — Questi sono gli estremi del costituto possessorio, resi necessari dall'istessa forma del medesimo. Altre condizioni domanda inoltre Tertulliano *l. 28, h. t.* Cioè 1ª che chi incomincia a prendere in nome altrui sappia che prima possedeva esso stesso; altrimenti sarebbe assurda la finzione che nel costituto ha luogo. 2ª credo, che Tertulliano voglia la validità dell'atto; sotto il quale il dritto civile ravvisa talvolta un costituto, e che lo contiene pel proprio perfezionamento. Essendo il costituto possessorio una finzione, questa non deve adoperarsi dove non sarebbe opportuna; dunque non senza la validità di quell'atto. E ciò sembra piacere a Savigny quando a *pag. 290* dice, che non si può ammettere un costituto possessorio, eccetto in quanto bisogni considerarlo come conseguenza di altri atti. Questa stessa tesi è nuovamente difesa da Reuling *Zeitschr. f. Handelsr. XVII, pag. 331:* ma non conchiude veramente l'analogia da esso invocata coi principii di legge sui passaggi de' dominii; perchè al passaggio del dominio non osta certamente l'invalidità dell'affare che diè occasione e causa alla tradizione. La tesi nostra è confermata dal modo con cui Tertulliano tratta il caso di chi possedendo una cosa, poi la prende in affitto. Si fa la questione se il possesso civile sia da lui perduto col costituto possessorio, ossia se si finga aver colui prima restituito a se la cosa come procuratore di chi ora la loca, e quindi averla ritenuta per affitto così da essere istrumento a quest'ultimo. Il giureconsulto espone più casi. Primo se il conduttore ignorava il suo possesso, e allora non lo perde a quel modo (questo caso può accadere se un suo procuratore lo aveva acquistato ad esso ignorante secondo le cose su esposte; ed appartiene alla prima condizione). Secondo se egli è il padrone della cosa, ma non lo sappia e così prenda in affitto la cosa propria; l'atto è invalido, il civil possesso non è a lui perduto. Terzo se egli è padrone e lo

sappia; e qui si suddistingue, o non ostante esso vuol prendere in pieno affitto la cosa propria, e di nuovo l'atto è invalido ed il possesso civile non è da lui perduto, o vuol prendere in affitto solo il possesso (che il padrone può giustamente non avere o può dover trasferire ad altri p. e. al creditore ipotecario), ed allora, essendo egli conscio del suo stato precedente e dovendo realmente trasferire il possesso in altri, l'atto è valido, nulla manca al costituto possessorio, egli perde il possesso.

§ 271.

Alla condizione ora esposta della validità dell' atto appartiene a parer mio una parte della *l. 33*, *§ 5*, *de usurp. et usucap.* di Giuliano. Possedevo in b. f. ed usucapivo una tua cosa. Ero o divengo tuo debitore; ti do quella cosa medesima in pegno. Si domanda, se la mia usucapione sia o no interrotta; ossia se, necessaria essendo all' usucapione la continuità del possesso, questo venga a quel modo interrotto. Il giureconsulto distingue secondo che il pegno fu contratto per tradizione o per nuda convenzione. Se per tradizione, dice interrotto il possesso dando la ragione nella invalidità del pegno, « quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. » Se per patto, nega l' interruzione, e, quel che sembra strano, data la ragione istessa « quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur. » Cos' è dunque cotesta ragione che si presta a due contrarie conchiusioni? Nel trattato sulla perdita del possesso spiegheremo la prima parte del riferito responso di Giuliano (§ 327); qui restiamo nella parte seconda. Il testo intiero tratta la specie in cui e creditore e debitore vollero contrattare presentemente un pegno di vero nome, non una ipoteca. Ciò risulta non solo dalla parola pegno adoperata esclusivamente da Giuliano, ma anche dal confronto col precedente *§ 4.* Ivi Giuliano distingue il caso di colui che « *pignori* rem dat » dal caso di colui che « nuda coventione *hypothecam* contraxerit », mentre nel nostro *§ 5* oppone solamente il caso che « rem... *pignori* tibi dem » al caso che « nuda

conventione *pignus* contractum fuerit. » Ma come mai potevasi voler contrattare al presente un pegno per nuda convenzione, senza la tradizione che pure il pegno distingue dalla ipoteca? Per mezzo del costituto possessorio; dappoichè ancor qui colui, che possedeva in proprio nome, comincia a possedere in nome altrui. Il debitore, che vuole pur esso il pegno ossia vuole nel creditore trasferito il possesso, comincia a voler possedere col ministero del proprio corpo per esso creditore, e così somministrargli tanto di civil possesso quanto ad esso creditore competerebbe se la cosa gli fosse stata veramente consegnata.[1] Forse alcuno opporrà, che dunque l'usucapione dovrebbe dirsi interrotta; mentre il giureconsulto, siccome vedremo al cit. § 327, la vuole interrotta nel caso della cosa consegnata, ora qui noi rintracciamo una tradizione benchè finta. Rispondiamo, che nel caso la proprietà nel creditore impediva la validità del pegno (della cosa propria non è pegno, avverte giustamente Giuliano): per conseguenza non valeva il costituto possessorio per la invalidità dell'atto alla confezione del quale esso veniva adoperato. Quindi è che non avviene alcun passaggio di possesso; il possesso resta dove era prima; l'usucapione seguita il suo corso.[2]

---

[1] Simili cose notammo sulle *l. 19, § 6, l. 66, pr. de furtis* (§ 122).

[2] Se il pegno fu validamente contrattato, ossia il creditore non era il padrone della cosa; vale il costituto possessorio. Ma veramente neppure allora s'interrompe la usucapione del debitore: mentre la tradizione ancor vera della cosa pignorata muta solo tanto nel possesso civile quanto di esso appartiene al creditore ossia quanto agl'interdetti, ma non muta quanto ne resta nel debitore ossia quanto alla usucapione. Se il possesso civile rapporto all'usucapione rimane al debitore anche quando si fa del pegno vera consegna, non certo gli andrà perduto allorquando la consegna sia finta in un costituto possessorio. Pertanto l'argomentazione di Giuliano non è esclusiva nè vale solo nel caso dell'invalidità del costituto; ma viene pronunciata per troncar d'un colpo e manifestissimamente la questione col notare che dal debitore al creditore nessuna traslazione di possesso era avvenuta nel caso, onde senz'altra inquisizione appariva l'assurdità dell'interruzione della usucapione.

§ 272.

Fra i recenti scrittori si questiona, se possa aver luogo il costituto possessorio quando il costituente non abbia finora posseduto da per se, ma per mezzo di altri, d'un conduttore o d'un depositario. Per esempio: avevo locato o depositato una mia cosa presso Tizio, ora vendo a te la cosa stessa e dichiaro di possederla per te come tuo procuratore, anche ad insaputa di quel Tizio. Potrà in tali estremi svilupparsi il costituto possessorio? Affermano Savigny *p. 299, n. 1*, Randa che largamente discute *p. 417, segg.*, ed altri: negano Vangerow *§ 643*, Ruhstrat *Iher. Iahrb. XIV, pag. 341, segg.* Mi accosto ai secondi. Ammessa nel caso una finta tradizione, questa si svilupperebbe nel seguente modo. Si dovrebbe fingere, che, all' insaputa del conduttore o depositario, sciolto il contratto di affitto o di deposito, io riprendessi da esso la cosa, e che poi, riformato col medesimo altro contratto, gli rendessi come tuo procuratore la cosa stessa. Finzione sarebbe di nuova forma, alla quale noi non siamo per mancanza di leggi autorizzati. Vero egli è ciò che ricorda Randa sulla *l. 30, § 6, h. t.* che idoneo a conservarsi il possesso è anche colui che non ha precisa notizia della persona per la quale possiede (cf. § 317); ma ciò è ben diverso dallo asserire che allo scopo di farci acquistare un possesso finger si possa, che alcuno, il quale nulla sa di noi, abbia sciolto e ricomposto dei contratti.

§ 273.

Fin qui del procuratore nelle diverse parvenze. Per mezzo d'un colono come tale non acquistiamo possesso: così dalla *l. 30, § 5, h. t.* Un locatore possedeva civilmente per mezzo del colono; muore: il dritto di obbligazione nato dalla locazione passa nell' erede appena abbia adito; non così il possesso, all' acquisto del quale deve lo stesso erede operar sulla cosa. Dappoichè l'uomo libero non è in genere istromento di

acquisto, nè alcuna eccezione trovasi fatta sul colono nel dritto nostro. Manca inoltre quella disponibilità, che nel punto di acquisto del possesso è stata creduta necessaria onde l'altrui attuale operazione corporale, quasi per mezzo di un anello, giovasse a comporre quel possesso in noi. In modo che nel caso resta attuale solo l' elemento dell animo nostro, che però nell' acquisto del possesso non è bastevole regolarmente. Dice Paolo *d. l. 30, § 5* « Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus sit possessionem, non poterit possidere: retinere enim possessionem possumus, adipisci non possumus. » Vedemmo bensì, che talvolta costituto possessorio si rinviene nel principio d' una locazion conduzione; cioè quando chi possedeva civilmente voglia cessare dal possedere a questo modo e principiare a possedere a nome altrui come conduttore in modo che per esso sia al locatore acquistato il possesso. Ma si richiede un atto presente, dove stia o espresso o implicito l' animo di procuratore, supposto in questa operazione. Nella specie surriferita non v' è alcun atto presente del colono, col quale egli dichiarasse tale volontà di principiare a possedere a nome dell' erede. Anzi procuratore può sembrar colui, che possedendo prima civilmente voglia adesso incominciare a possedere a nome di un altro, come colono ecc., benchè in un momento intellettuale di tempo: ma non può sembrarlo affatto colui che era e vuole restare senza interruzione colono. Ormai s' intende il passo di Cicerone *pro Caecina c. 32.* Per provare il possesso nel suo difeso, Cecina, erede di Cesennia, [1] Cicerone parla così « Dubium est, quin si Caesennia tum possidebat, cum erat colonus in fundo, post ejus mortem heres eodem jure possederit? » L'oratore qui discorre capziosamente; e lo intenderei così: Consta, che agli eredi procede la usucapione anche innanzi al preso possesso; dritto singolare introdotto perchè le usucapioni troppo spesso non s' interrompessero (§ 558); e precisamente nel caso del colono esistente nel fondo è ciò stabilito nella *d. l. 30, § 5, vers. Sed quod*, quando Paolo pronuncia « per colonum etiam usu-

[1] Di un altro argomento di Cicerone ved. § 150.

capiet heres meus, » ossia quel che l'autore possedeva ed usucapiva per via del colono segue ad essere usucapito dall'erede benchè esso non possegga.[1] Argutamente Cicerone vuole applicare al suo caso; che però non era di usucapione ma sulla promozione dell'interdetto *unde vi*. Ma l'istesso Oratore sente l'inefficacia del proprio argomento,[2] onde è che aggiunge subito « Deinde ipse Caecina cum circuiret praedia, venit in istum fundum, rationes a colono accepit; » e procura così costruire gli atti di apprensione nell'erede. — Infine osserverò, che se Giustiniano *l. 12*, *C. h. t.* parla di acquisti di possesso per mezzo di colono e d'inquilino, s'intende di facili circostanze di fatto nelle quali ad essi sia stato il mandato analogo ad acquistare p. e. il possesso d'un prossimo fondo; per cui essi fanno relativamente da procuratori. Concordano le parole del testo « et ipse qui eum *transmisit* ex mala sua electione etc. »

§ 274.

Molto meno si acquista a noi il possesso per mezzo d'un *negotiorum gestor*, col quale non esiste alcuna vera convenzione. Ciò s'intende, finchè non ratiabbiamo. Ratiavendo facciam sì che il possesso ci sia acquistato, *l. 42*, *§ 1*, *h. t.*, *l. 24*, *de neg. gest. Paul. V*, *2; 2*, perchè la ratiabizione è al mandato equiparata. Prima della ratiabizione non v'era alcuna volontà nostra, neppure quella abituale che basta rispetto ai procuratori; ma senza nostra volontà non acquistiamo possesso. È questione, se, avvenuta la ratiabizione, il possesso ci venga acquistato adesso o fino dal tempo in cui il *negotiorum* gestore prese l'oggetto. Savigny *pag. 294*, Chambon *Die negot. gestio pag. 161-172*, il Maynz con gran sicurezza *§ 121*, *n. 27*, e qualch'altro, fermano l'acquisto nell'epoca presente dalla ratiabizione. Lo riportano all'epoca dell'apprensione

[1] CUJAC. *VIII, 294, E.*
[2] Così osserva SAVIGNY *pag. 291, n. 1.*

Seuffert *Ratihabition pag. 75*, Meischeider *pag. 288*, Rand *pag. 414*, ed altri. Sottoscrivo ai secondi. La ragione nella natura stessa della ratiabizione. Qual'è, che pel ratiavente è ben fatto ciò che fu fatto, è confermato l'atto che fu compito. Se la ratiabizione non si retrotraesse o sarebbe un nulla, o al sommo vi si ravviserebbe un mandato presente, da valere se presenti fossero e messi di nuovo in opera gli estremi necessari per l'affare, atto a sostenere una nuova formazione dell'affare non a sostenere l'affare antico. Ma il dritto nostro vuole che la ratiabizione valga, e non già che vi si trovi solo un presente mandato ma un equipollente al mandato antico mancante quando l'affare fu primieramente composto, *ratihabitionem mandato comparari l. 12, § 4, de solut.*, *principali mandato non esse absimilem l 7, pr. C. ad SC. Maced.*; insomma che venga retrotratta *l. 56, de judic.*, *l. 16, § 1, de pign. et hyp.*, *l.* [illegible] *C. de d. i. v. e. u.*, *d. l. 7. pr. C. ad SC. Maced.* Pertanto la forza della ratiabizione è 1.° che oggi l' atto incominci realmente a valere, perchè veramente oggi principia ad essere quella volontà senza la quale finora l'atto in realtà o non valse affatto (la chiesta *bonorum possessio*, la restituzione d'un fidecommesso) o non valse per certi effetti (il pagamento d'un debitore) *l. 66, § 1. ad SC. Treb.*, *l. 3, § 7, de bon. poss.*, *l.* [illegible] *pr. de solution.* 2.° che quel valore nato oggi sia riportato indietro al tempo del fatto affare. Appunto perchè si fa retrotrazione; non è necessario, che siano presenti al tempo della ratiabizione tutti gli estremi che dovrebbero esserlo per la composizione del negozio se fosse fatto adesso. Per esempio se il debitore abbia pagato al *negotiorum* gestore ed oggi gli dispiaccia il fatto pagamento, ciò non forma alcun ostacolo. *l. 21, de neg. gest.* E molto meno fa ostacolo, se fu dal *negotiorum* gestore domandata la *bon. possessio*, ed ora che accade la ratiabizione esso si penta o sia morto o caduto in furore. *l. 24, § 1, rat. rem. hab.* — Vero egli è, che vi sono dei casi ne' quali dal dritto nostro la ratiabizione dell'atto fatto dal *negotiorum* gestore (non mi occupo di altre speci di ratiabizione) non viene retrotratta, non è equiparata al mandato. Ma allora viene con ciò stesso esclusa la ratiabizione, che senza retro-

trazione non si concepisce, come vera ratiabizione. Ciò accade o perchè altrimenti ne verrebbe iniquità ed ingiustizia a carico d'un altro, come nel caso della *l. 25, § 1, rat. rem. hab.*;[1] o perchè sian tali gli eventi che sopravvennero dopo composto l'atto, che la legge stessa direttamente ed assolutamente proibirebbe oggimai qualsiasi confezione dell'atto medesimo o per mezzo di altri od anche da per noi stessi. Giacchè quantunque in vista della retrotrazione non sia necessario, siccome dissi, che al tempo della ratiabizione perseverino tutti gli estremi che sarebbero necessari a compor l'atto presentemente; non dobbiamo però dimenticare che il primo effetto della ratiabizione è che oggi realmente principii a valer l'atto, il quale valore, nato oggi, è quello appunto che vien poi retrotratto. Onde se tali eventi erano sopraggiunti, che per l'assoluto divieto della legge rendano l'atto del tutto illegittimo, ossia tolgano quegli estremi dai quali dipende assolutamente e per se il valore dell'atto; la ratiabizione è nulla; come nel caso della *l. 24, pr. rat. rem hab.* e nell'altro della *l. 11, de fidejuss.*[2] Ma nel caso nostro niuna iniquità si commette contro altri se si faccia la retrotrazione, nè osta alcuna sanzione di legge al presente acquisto del possesso nel ratiavente. Quindi si ri-

---

[1] Talvolta la negazione di retrotrazione è fatta solo per certi effetti, ne' quali la giustizia ed equità ripugnerebbe; *l. 13, pr. de his qui not. infam.* — Si disputò fra le scuole dei giureconsulti se la detta equiparazione della ratiabizione al mandato avesse luogo nelle obbligazioni che nascono in occasione di maleficio (*ob delictum*); ma prevalse l'affermativa sentenza de' sabiniani, *l. 1, § 14, de vi, l. 152; § 2, de R. I.* Però questi ed altri analoghi testi spettano all'interdetto *unde vi* (§ 728): per cui non si deve credere che la ratiabizione si equipari al mandato quanto alle pene e persecuzioni criminali; cf. De Simoni *Dei Delitti considerati nel solo affetto part. 2, cap. 5, § 6, 7.* Add. Tacit. *Annal. 3, 12.*

[2] In questa *l. 11* nulla è la forza della ratiabizione contenuta nella dazione de' fidejussori, fatta dal padre dopo la morte del figlio che vivente aveva preso a mutuo senza ordine paterno contro il SC macedoniano. Perchè il valor diretto ed essenziale di tale ratiabizione sarebbe di convalidar l'atto posto dal figlio onde giusta e civile ne nasca l'obbligazione del figlio medesimo; ora è impossibile che oggi sia obbligato civilmente il figlio, che è morto e non ha per le leggi nostre erede che lo rappresenti.

tenne la regola solita; la ratiabizione fu ritenuta come tale, qual'è che si equipari al mandato, si retrotragga, *l. 42*, § 1, *h. t.*, *Paul. V, 2, 2.* Nè osta ciò che gli avversari oppongono, essere il possesso cosa di fatto, non esser possibile che di fatto uno stato di cose esistesse in un' epoca in cui non ha esistito. In primo luogo vedemmo, che il possesso consiste anche nel dritto in quanto che ha dal dritto ricevuto estensioni. L' animo nostro esiste; per mezzo della retrotrazione si riporta al passato secondo la solita regola del dritto sopra le ratiabizioni applicata anche ai possessi, esteso anche a questo modo il primigenio concetto dei medesimi. Ed infatti se volesse nudamente considerarsi il fatto qual'è che finora l'animo nostro non ha esistito, se si negasse acquistato il possesso per l' epoca anteriore per virtù della ratiabizione, e si affermasse che l' acquisto rimane nel tempo presente; converrebbe che tutti gli estremi, necessari ad acquistarci il possesso della cosa situata presso il *negotiorum* gestore, fossero presenti. La volontà di colui che consegnò la volonta attuale di colui che prese per noi (qual' è necessaria ad acquistarci il possesso § 241, benchè non lo sia a ritenercelo § 328); e per parte del corpo di esso o il tatto o gli altri requisiti necessari per l' acquisto (§ 211-212), che di nuovo non sono necessari per la ritenzione (§ 317). Ora tutto questo non è da alcun testo desiderato. — Non più grave è l' argomento che Savigny prende dalla *l, 24, de negot. gest.* Dalle cose fin qui dette risulta non esser bastevole la risposta data da Randa *pag. 414, in nota.*, che cioè quel testo non tocca la nostra questione. Direi anzi che quel testo decide per noi. Poichè se, *invito* il debitore che pagò al *negotiorum* gestore, può il creditore ratiavendo far proprio il denaro; dunque non sono necessari presentemente tutti i requisiti che lo sono allorchè l' affare si fa primieramente; frai quali sarebbe nel caso la volontà del debitore; ossia (che è lo stesso) ha luogo la retrotrazione. La *l. 24* parla di acquisto di proprietà ma si deve conchiudere anche pel possesso, perchè per mezzo di libere persone l' acquisto del dominio è stato ricevuto solamente per mezzo dell' acquisto del possesso *l 20, § 2, de a. r. d., § 5, I. per quas pers. cuiq. acq.*

§ 275.

Difficile è l'indagine sui tutori e curatori se ed in quanto siano istrumento per l'acquisto del possesso ai loro pupilli e minorenni. Per gravi ragioni di necessità ed in conseguenza del dritto ricevuto sui procuratori, fu d'uopo ammettere quanto a quelli delle anomale definizioni. Onde ben comprenderle convien parlare pienamente dell'acquisto del possesso a prò dei pupilli e minori di età. Conviene distinguere gl'infanti dai maggiori dell'infanzia. Principiamo dai non infanti; siano essi minorenni propriamente detti, siano ancora pupilli. Certo che costoro possono acquistare il possesso coll'autorità del tutore o consenso del curatore, *l. 1, § 3, vers. Sed pupillus, h. t., l. 4, § 2, de usurp. et usuc.* — Possono acquistarlo soli, ossia destituiti di tale autorità o consenso? Lo possono se siano minorenni, od anche pupilli, ma abbiano sufficente intelletto cioè siano prossimi alla pubertà (dei prossimi all'infanzia si deve dire quel che si dice degl'infanti), *d. l. 1, § 3.* Paolo « Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant », notevolissime espressioni che spiegammo § 79.[1] Concordano la *d. l. 4, § 2, de usurp. et usuc.* « et animum possidendi habeat », la *l. 1, § 11, h. t.* (che qui riferisco con Cujacio *VIII, 247, C.)*, la *l. 32, § 2, vers. Pupillus, eod.*, la *l. 26, C. de donat.* » aut habere rei que sibi donatur, adfectum. » — Può il solo tutore acquistare il possesso al pupillo non infante, così che a costui anche ignorante sia fatto tale acquisto (è identica la domanda sul curatore ri-

[1] Non è da credere che Ofilio e Nerva figlio pensassero potere i pupilli acquistar soli anche se non capiscano; lo che è assurdo. E che non pensassero a questo modo, s'intende dall'istessa ragione da loro allegata da noi spiegata § 79; poichè il possesso vien detto « facti non juris esse » non nel senso che sia un mero fatto fisico, ma nel senso che vien giudicato secondo la natural semplicità. L'aggiunta di Paolo è solo una dichiarazione.

guardo al minorenne)? Qui fa ostacolo il difetto dell'animo. qual vedemmo essere necessario per acquistare il possesso, vuoi per se vuoi per mezzo di altri. L'ignoranza è più grave qui che nel caso dei procuratori, dove tal difetto è supplito dalla volontà abituale dichiarata nel mandato dato per lo innanzi per la presa del possesso. Al sommo potrebbe talvolta essere il tutore paragonato ad un procurator generale, che però vedemmo inetto come tale ad acquistarci il possesso. Inoltre si oppone la mancanza di ambedue i soliti requisiti del § 242: perchè, quanto al primo, i tutori o curatori giovano negli acquisti ai lor pupilli o minori solo in quanto che costoro debbono fare gli atti e quelli prestano l'autorità od aggiungono il consenso. Quanto al secondo è, almeno sovente dritto e dovere del tutore e curatore di non lasciar neppur toccar le cose al pupillo e minore, p. e. quando si acquista danaro da esser poi rinvestito. Non ostante tutto ciò, Nerazio *l. 13*, *§ 1*, *de a. r. d.* risolve affermativamente la proposta questione; concordano Ulp. *l. 11*, *§ 6*, *de pigner. act.*, e Paolo *l. 1. § 20*, *h. t.* Quanto alle opposte difficoltà è da osservare che tutti questi tre testi uniscono il trattato sui tutori col dritto ricevuto sui procuratori. Ciò per la ragione, che di pari passo colla teoria sui procuratori, dove mano mano tanto si recedette dalla regola del non acquistare per altri, si recedette quanto ai tutori dal principio omogeneo che non essi soli pongano gli atti, ma li pongano colla loro autorità i pupilli. Imperocchè troppo sembrò incongruo, che non si potesse compire per tutori quel che si può per procuratori, mentre tanto maggiore è la necessità di quelli che si danno a così impotenti persone. Così ne' contratti; sul mutuo primieramente fu ricevuto, che come per procuratori del pari per tutori potesse formarsi; a poco a poco si procedette in quelli ed in questi alle altre contrattazioni. [1] Anzi ne' giudizi precedette ne'tutori il pieno sviluppo del principio sulla rappresentanza della persona de' pupilli. La più mite giurisprudenza

[1] Vedi il mio libro *De obligation. pag. 136, segg.*

ammise che, fatto un giudizio per mezzo di procuratore, l'utile azione di giudicato si dasse prò e contro il mandante *l. 11, § 7, de except. rei judic.* Lo che non conveniva al rigore, secondo il quale la condanna riferivasi allo stesso procuratore come anche la *condemnatio* nella stessa formola, *Gaj. IV, 86, 87.* Le stesse cose, anzi più saldamente, furono ammesse dalla mite giurisprudenza quanto al tutore, attore o convenuto. Dappoichè quanto ai procuratori attori rimase per lungo tempo un vestigio del primitivo rigore nella cauzione *de rato* richiesta da essi; finchè coll'uso anche fu tolta in epoca tarda, restando pel solo caso in cui dubbio fosse il mandato ossia « non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit » *pr., § 3, I. de satisdat.* Ma quanto ai tutori già all'età di Gajo era ricevuto, che « tutores et curatores eodem modo, quo et procuratores satisdare debere; sed aliquando illis satisdatio remittitur » *Gaj. IV, 99. Aliquando*, cioè allorquando in niun modo si dubitasse sulla loro qualità tutoria e sul loro special potere a litigare; Ulp. *l. 23, de adm. et peric. tut.* [3] Certo che nel possesso si trovava maggiore difficoltà, perchè nelle cose dove con osservanza singolare si riguarda all'animo personale, neppure la più mite giurisprudenza ammise regolarmente lo

[3] La sentenza pronunciata nel giudizio fatto per mezzo del tutore non operava *ipso jure* verso il pupillo, mentre l'operazione *ipso jure* era stata ricevuta almeno quanto ai *cognitores.* Ma questo singolarissimo dritto nei *cognitores*, dovuto alla presenza de' padroni e alla special solennità della costituzione, era del tutto eccezionale; e nulla influisce per poter conchiudere che i procuratori in genere operassero ne' giudizi più gagliardamente dei tutori. — Certo che a nessuno può cadere in mente, che l'*aliquando* di Gajo *IV, 99,* possa riferirsi a *tutores cognitores;* mentre il pupillo neppur poteva fare un tutore cognitore. Non da se solo; perchè non poteva così pronunciare le solenni parole « Quando ego a te fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do » o « Quando tu a me fundum petis, etc. », ovvero « Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do » o « Quod tu mecum agere vis etc. » (*Gaj. IV, 83*): mentre con tali parole si sarebbe obbligato alle conseguenze del giudizio. Non coll'autorità del tutore, che non poteva essere autore in cosa propria, nella propria costituzione in cognitore.

adempimento per via de' soli tutori. Per esempio, de'sponsali Ulp. *l. 6*, *de sponsalib.* nega che possano essere alla giovanetta costituiti dal solo tutore, appunto perchè in cosa, derivante sommamente dall'affetto e tendente a vincolare tutta la persona, l'animo è capitalmente richiesto. Così anche dell'adizione di eredità altrettanto è stabilito nelle *l. 5*, *l. 18*, *§* . *C. de jur. deliber.*, che cioè debba assolutamente farsi dal pupillo autorizzato dal tutore; poichè nel dritto ereditario l'animo e la chiara cognizione sono specialmente indagate, si vuole la certezza della morte dell'autore, la certezza della propria qualità ereditaria, di esser chiamato e come, se per testamento o *ab intestato*, di non essere preceduto da alcuno, e l'adizione è viziata da alcuni errori che ad altri atti non pregiudicano. Però in cosa quotidiana qual'è il possesso, in cosa dove sola utilità è del pupillo senza alcun suo pericolo, prevalse l'urgentissimo esempio dei procuratori, e per causa di utilità fu ammesso l'acquisto per mezzo de' soli tutori. Paolo *l. 1, § 20, h. t.* aggiunge sui tutori e curatori ed insieme sui procuratori « Alioquin... futurum ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis; neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem. » Ossia, non ricevuto quell'acquisto ai pupilli ecc., non possederebbe civilmente il procuratore, il tutore perchè mancando d'animo corrispondente nè usucapirebbe nè eserciterebbe gl' interdetti a nome proprio; non possederebbe il tradente che non adopera nè animo nè corpo per ritenere il possesso. Pertanto vacherebbe il possesso quanto al dritto civile; e ciò è odioso. Nè manca esempio di altra simile cosa, nella quale per ragione di utilità è stato finalmente ammesso il solo tutore. Se sia stata conferita nella persona pupillare una dazione *conditionis implendae causa* (« Heres esto, si centum Gajo pupillo dederis »), niuna azione compete all'*adjectus*; la cosa non è di dritto ma di fatto; l'*adjectus* vien riguardato come persona naturale non come subietto di dritto privato (§ 73). Ond' è che se simile dazione venisse conferita in un servo, non bene si darebbe al solo padrone ma ad esso « ex voluntate servi » *l. 95*, *§ 7*, *de solut.* E così nel caso, necessario sarebbe nell'atto del dare l' inter-

vento del pupillo, non potrebbe darsi al solo tutore.[1] Eppure Labeone e Pegaso in cosa, che non reca pericolo contro il pupillo, credettero per ragione di utilità che se fosse dato al solo tutore ed esso avesse volto il danaro nella cosa del pupillo, la dazione potesse essere sostenuta. E Papiniano approva *ibid.*[2]

§ 276.

Or vediamo dell'infante. Regola generale è, che tutto faccia il tutore, mentre *autorità* riguardo all'infante non si concepisce *l. 1*, *§ 2, de adm. et peric.*, *l. 5*, *de R. I.* (« alia causa habita est furiosorum, alia eorum *qui fari possunt* etc.), » *§ 10*, *I. de inutil. stip.* Le cose poi, in cui si riguarda l'animo singolarmente e personalmente, nell'infante non s'intendono. Poichè nè esso infante può farle da se, destituito com'è d'opportuna intelligenza; nè coll'autorità del tutore, che, come ora ricordavo, quanto ad esso non si concepisce; nè può farle il solo tutore pel principio che vale con maggior fermezza in simili cose, non potersi le medesime compiere per mezzo di altre persone. Quindi è, che i sponsali non possono esser fatti dagl'infanti in verun modo, Modestin. *l. 14*, *de sponsal.* Però se una cosa di simil natura sia tale, che non possa ritardarsi o ritardarla non giovi (ben lo possono gli sponsali), fu ritrovato un modo per poterla costruire. Ecco in primo luogo sull'adizione di eredità, Pomponio *l. 2*, *de cond. furt.* parlando dell'infante solo come erede necessario indica, che non concepisce adizione in esso: ma Meciano *l. 65*, *§ 3*, *ad SC. Trebell.* dice che l'infante « non dubie pro herede, tutore auctore,

---

[1] Non al solo pupillo, onde la dazione non perisca per la sua imbecillità; in somma la dazione converrebbe farla al pupillo autorizzato dal tutore.

[2] Agg. il detto lib. *De oblig. pag. 463* — Che Gajo ne' commentari, Paolo nelle sentenze tacciano dell'acquisto del possesso per via de' soli tutori, non deve recar meraviglia, essendo quelli libri elementari che non tutti i casi contenevano e facilmente omettevano un dritto ricevuto per equità. Cf. su questo punto l'altro mio libro *Del dr. d'accresc. n. 174, e 179.*

gerere posse videtur. » Fu adunque ammesso che si potesse *pro herede gerere*; e, come avviene che nelle novità irregolari si procede timidamente, non si volle prescindere assolutamente dalla persona del pupillo nell'affare affatto personale, e si richiese straordinariamente che esso *gereret*, il tutore fosse solamente autore. Fu desiderato l'animo qualunque dell'infante, che pure può concepirsi per quanto debole sia.[1] Ma, ammessa una volta tale adizione, non fu difficile ridurla quindi al solito dritto sugl'infanti, e Teodosio II volle che potesse esser fatta dal solo tutore *l. 18*, *§ 2*, *C. de jur. delib.* In secondo luogo abbiamo il possesso. In esso il procedimento fu inverso a quello sull'adizione d'eredità; fu prima ammesso che per solo tutore si acquistasse agl'infanti; poscia, ed argomentando da quella prima ammissione, fu ricevuto ancora che si acquistasse dagl'infanti coll'autorità del tutore. In cosa maggiormente inclinata alla semplicità naturale più facilmente venne ammesso quel che è alla fine ritorno al dritto ordinario sugl'infanti; prima cioè l'acquisto per solo tutore, e dopo l'altro sull'autorità del tutore, che ha concetto artificiale, mentre non si può *augere* un'intelligenza che, seppure v'è negli infanti, è impari pe' negozi. Anzi questo secondo passo non fu fatto senza contesa di giureconsulti. Alcuni non lo ammettevano, non accettavano questo artificial concetto quando era già aperta una via per raggiungere l'acquisto, per mezzo del solo tutore. Ma fu sempre l'utilità che prevalse, e fece ricevere anche il detto secondo modo d'acquisto, affinchè l'acquisto medesimo si rendesse più facile col moltiplicarne le vie. Infatti, ammesso una volta, in cosa ove pur l'animo personale dell'acquirente è necessario, che si potesse acquistare per mezzo del solo tutore, ossia che il tutore potesse supplire il *difetto assoluto* dell'intervento dell'acquirente infante; era conseguente che pur potesse il tutore efficacemente prestare autorità all'infante medesimo e così supplire il *difetto d'idoneità* di tale intervento. — Onde mai possiamo prendere le prove

[1] Questa riflessione è fatta anche da Leist *Die bon. poss. III, 314.*

testuali di questa nostra esposizione? Il testo di Paolo nella *l. 32, § 2. h. t.* prova essere stato ricevuto per causa di utilità l'acquisto coll'autorità del tutore. Ma non mi sembra, che (come crederebbe Savigny *pag. 229, segg.*) vi si argomenti dallo essere già stato ricevuto l'acquisto col solo tutore. Infatti il testo fiorentino e quasi tutti gli altri con esso leggono « utilitatis causa... nam alioqui nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. » Significando ottimamente, esser l'acquisto coll'autorità del tutore cosa ricevuta per utilità ed irregolarmente; perchè *alioqui*, ossia nella contraria ispezione del dritto regolare, autorità vera non si concepirebbe laddove manca l'affetto dell'animo idoneo agli affari, che abbiasi da *augere*. Savigny, recata l'autorità di alcuni codici, vuol leggere piuttosto « nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem. » Quasi che il giureconsulto significhi, essersi dovuto ricevere l'acquisto coll'autorità del tutore; perchè, se questo si negasse, si negherebbe per la ragione che niun intelletto sia dell'infante, cioè dello stesso possessore; ma ciò sarebbe dir troppo, mentre anche *alioqui*, ossia nell'altro caso ancora quando l'acquisto si fa per solo tutore, nessun consenso v'è dell'infante dato al tutore che prende; eppure era già piaciuto tale modo di acquistare. Così da questo modo già ricevuto argomenterebbe Paolo all'altro dell'autorità del tutore. Certo che buono sarebbe stato lo argomentare. Ma non credo che sia questo proposto nel testo, mentre non si deve lasciare la lezione fiorentina, specialmente quando trovasi da altri codici confortata, se essa dà, siccome vedemmo un'ottima intelligenza.

§ 277.

Credo che piuttosto la tesi nostra sia provata dalla celebre *l. 3, C. h. t.* di Decio a Rufino; sulla quale gravemente si disputa se per giurisprudenza posteriore siasi arrivato fino ad ammettere che il solo infante possa acquistare possessi. Affermano Azone, Duareno, Gifanio, Cupero, alcuni assolutamente, alcuni limitatamente o alle sole donazioni delle quali

parla la *d. l. 3*, o ai soli oggetti ne' quali può concepirsi volontà in fanciulli come ne' giocattoli. Recentemente per la sentenza affermativa sta Puchta nel Museo renano *Rhen. Mus. V, p. 33, segg.* Sono mossi principalmente dalle parole della *d. l.* che principia « Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita, corpore quaeritur. » Ma a tale opinione osta la ragione, ostano i testi. La ragione: perchè si avrebbe un acquisto senza l'animo pieno ossia idoneo di alcuno. I testi di Paolo nelle *l. 1, § 3, h. t., l. 4, § 2. de usurp. et usuc.* dove è ammesso all'acquisto il solo pupillo sotto l'espressa condizione che sia di tale età da avere intelligenza, da aver animo di possedere. Nè sarebbe buona congettura il supporre cangiata la giurisprudenza dall'età di Paolo a quella di Decio; breve intervallo invero, che non supera una quarta parte di secolo. Ma ecco Costantino, posteriore a Decio, che nella *l. 2, C. Theod. de donat.* (modificata nel Cod. giustin. *l. 26, C. de donat.*) dice « Si quis in emancipatum minorem, priusquam fari possit, aut habere rei quae sibi donatur affectum... crediderit conferendum... per eum servum quem idoneum esse constiterit, transigi placuit. » È chiaro che l'infante non può acquistare da per se. Su questo testo ritorneremo in seguito. Mal si appongono gli avversari quando credono che alla interpretazione, da essi data al rescritto di Decio, convenga la *l. 1, § 11, h. t.* Paol. « Pupillus, maxime tutore auctore, acquirit possessionem. » Poichè Paolo non dell' infante parla ma del pupillo in genere: onde egregiamente aggiunge quel *maxime* per significare che coll'autorità del tutore tutti i pupilli acquistano siano o no infanti, mentre senza quell'autorità acquistar possono i soli non infanti. Lo che è consono al parlare dello stesso Paolo *l. 32, § 2, h. t.*, dove, dopo aver detto dell' infante che esso acquista il possesso coll'autorità del tutore, aggiunge in separato periodo « Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; » dimostrando di nuovo essere dritto comune a tutti costoro che acquistino coll'autorità del tutore (« maxime »), speciale poi de'pupilli strettamente detti che acquistino anche senza l'autorità medesima. Pertanto mi sembra ben

confermata l'altra sentenza di Giovanni, Alciato, Cujacio, Donello, difesa oggi da Savigny *pag. 235, segg.*, qual' è che in nessun tempo sia stato ricevuto poter l'infante acquistar possessi da per se — Resta ad interpretare la sola *l. 3. C. h. t.* Le prime parole « donatarum rerum etc. » che sopra riportammo, non si debbono intendere nel senso, che il solo infante possa tutto fare nell'acquisto d'un possesso, ma che egli possa porre pienamente l'elemento corporale, prendendo strettamente e certo convenientissimamente l' espressione « corpore queritur. »[1] Non così dell'elemento dell'animo: un pieno e soddisfacente intervento di esso si aspetta da altra parte; ossia dal tutore mentre presta la sua autorità. Le altre parti del testo ottimamente convengono a tale interpretazione. Nel seguente periodo è detto « Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, (licet animi plenus non fuisset adfectus), possessionem per traditionem esse quaesitam. » Osserva Decio il dissenso delle sentenze degli autori; ed espone la ragione di dubitare contro l'antecedente definizione in ciò, che negli infanti non sia pieno affetto dell'animo, onde vedemmo che taluni giureconsulti non facevano alcun calcolo dell' infante siccome affatto inetto ai negozi, non volevano alcun suo intervento nell'acquisto del possesso, insomma non ammettevano l'acquisto suo coll'autorità del tutore. Ma Decio conferma non ostante la data definizione, e segue rispondendo « alioquin (sicut consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. » La risposta, presa da Papiniano, è quella stessa che Savigny voleva trovare nella *l. 32, § 2*;[2] se la mancanza d'animo idoneo dell'acquirente ostasse all'acquisto dell' infante coll'autorità del tutore osterebbe certamente anche all'acquisto per mezzo del tutore solo, ma

---

[1] Vedi per tacere altre citazioni, il § 283.

[2] SAVIGNY per servire alla sua interpretazione di *d. l. 32, § 2,* vorrebbe a *pag. 232* leggere nella iscrizione non « Paulus » ma « Papinianus » sull'autorità non sempre sicura d'Alciato nostro, ma veramente contro l'autorità della fiorentina e degli altri codici.

questo è stato certamente ricevuto. Ecco dallo stesso raziocinio di Decio è confermata la nostra tesi, che cioè prima sia stato ricevuto l'acquisto di possesso nell'infante per mezzo del tutore solo, e poscia l'acquisto eseguito da esso infante coll'autorità del tutore.

§ 278.

Resta quanto all'infante a spianare una grave difficoltà. Se è stato, siccome esposi, ricevuto il suo acquisto per mezzo del solo tutore o coll'autorità del tutore, com'è che Costantino *l. 2, C. Theod. de donat.* (*l. 26. C. Justin., de donat.*) richiede precettivamente, e già riportammo le parole nel § antec., il ministero dei servi nella donazione ad un infante emancipato? Singolare è la specie di questo testo. Bene Gotofredo *ad h. leg.* sulle traccie di Giovanni e di Cujacio osserva che vi si tratta di donazioni conferite dal padre al figlio che esso emancipava o aveva da poco emancipato. Solevano i padri, mentre emancipavano o poco dopo, per paterno officio donare ai figli onde essi avessero un patrimonio da campar la vita. Gotofredo raccoglie testimonianze dalle pandette e dal codice. Ed opportunamente può citarsi anche Sparziano *in Did. Julian. cap. 8.* « Filiam, dato patrimonio, emancipavit. » Che Costantino parli di simili donazioni, benchè non esprima che il donante era il padre, lo persuadono le sue parole « Si quis in emancipatum minorem; » le quali non sono certo usate per significar meramente lo stato *sui juris* del donatario, chè altrimenti « sui juris » avrebbe detto l'Imperatore per non escludere chi in quello stato si trovasse altrimenti che per emancipazione, p. e. per morte del padre. Lo persuadono anche le altre parole « italicum, seu stipendiarium fundum crediderit conferendum, » colle quali è designata la riflessione del donante sul proprio officio, e non già un moto del tutto arbitrario di assoluta liberalità. Or come si compivano tali donazioni quando il figlio era infante? Se gl'infanti avessero potuto prendere da per loro, la cosa sarebbe stata fatta a questa maniera: ma vedemmo che non possono. Quindi Costantino

indica il mezzo del servo. E non già l'altro dell'autorità del padre emancipatore e perciò tutore legittimo. Perchè, siccome bene osserva Gotofredo, esso non poteva prestare autorità in cosa sua, in una donazione fatta da se stesso. — Potrà sussumersi che il padre poteva sbrigar la faccenda con se medesimo, mentre il tutore può ottimamente consegnare a se stesso (§ 269). Rispondiamo: Convien ricordare che Costantino fu sommamente sollecito che frode non venisse fatta alle giuste solennità delle donazioni. Esso volle restaurate e definite le solennità già stabilite dalle leggi sulle donazioni, che a' suoi tempi trovavansi turbate. Lo fece dettagliatamente in una costituzione che trovasi intera ne' *framm. vat. § 249*, e di cui le sole parole dispositive sono nella *l. 1, C. Theod. de donat.* Costanzo Cloro, suo padre, aveva imposto che si facessero le tavole delle donazioni e fossero negli atti insinuate *l. 1. C. Th. de spons.* Convenientemente Costantino nella citata Costituzione dell'anno 323 per allontanar le frodi volle che le tavole fossero ben pubblicate « neque id in occulto, aut per imperitos, aut privatim... Tabulae igitur... scientibus plurimis perscribantur. » Che pubblica ancora avesse ad essere la tradizione della cosa » advocata vicinitate, omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur; » e che questa venisse annessa agli atti. Finalmente che il tutto fosse solennemente insinuato « consignare actis judicis praestat, ut res multorum mentibus, oculis, auribus testata etc. » Con queste indicazioni, con questi avvisi di Costantino concorda la nostra *l. 2*, promulgata anteriormente nel 316; dove si desidera, che il donatore « omne jus compleat, instrumentis ante praemissis, et inductione corporaliter impleta. » Qui soggiunge contestualmente quella definizione sull'adoperare il ministero del servo « Quod (ossia tutto il negozio, istromenti e tradizione) propter adtestationem fidei, per eum servum quem idoneum esse constiterit, transigi placuit. » Costantino non accetta che il padre a se consegni, per essere costante a se stesso che solennità e pubblicità desiderava; mentre nulla di più umile e privato poteva essere o concepirsi d'una tale consegna. Lo che significano quelle parole « propter adtestationem fidei, » che

altrimenti non si comprenderebbero. Tanto più che, come dice esso Costantino *l. 5, C. Theod. eod. tit.*, le giuste solennità « vel maxime inter necessarias conjunctissimasque personas convenit custodiri: siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest etc. »

§ 279.

Contro questa interpretazione della *l. 2, C. Th. de. donat.* potrebbe opporsi, che Costantino nella *cit. l. 5*, e *l. 4, C. Th. eod.* stabilisce, che fra i parenti e i discendenti loro non sia necessaria nelle donazioni la forma della tradizione come neppur quella della mancipazione, salvo il restante. — La risposta consiste nella diversità dell'epoche, nella precedenza della nostra *l. 2*. Ma non può bene intendersi senza un cenno sul dritto singolare delle *exceptae personae* e principalmente degli ascendenti e discendenti, tanto secondo la legge Cincia quanto secondo le leggi posteriori. Dalla l. Cincia a mezzo il secolo VI ab U. C. era stabilito, che non potesse opporsi eccezione contro donazioni contenenti qualsiasi somma, se fossero state conferite in *exceptae personae*. Erano *exceptae personae*, alle quali poteva donarsi senza limite, i cognati fino al quinto grado e del sesto il sobrino e la sobrina, i situati sotto potestà mano o mancipio, gli affini di primo grado, i coniugi, gli sposi, i patroni, i liberti, [1] i pupilli verso i tutori, ogni cognata per la causa della dote, il liberatore dai nemici e da'ladroni, *fr. vatic. 298-309, Paul. V, 11, 6*. Pertanto mentre fra le persone *non exceptae* era nelle mancipi cose necessaria mancipazione e tradizione affinchè una donazione superante il modo fosse perfetta e non temesse eccezione: fra le *exceptae* bastava per la l. Cincia la mancipazione *fr. vat. 310*. Nelle cose non mancipi niuna differenza esisteva fra persone *exceptae* e *non exceptae;* bastava la tradizione. Il D. Pio aggiunse due cangiamenti. Primo che fra *exceptae personae* fosse

---

[1] Forse non il liberto quanto alla patrona, *arg. fr. vatic. 313.*

idonea la tradizione, anche se si trattasse di cose mancipi, a perfezionare la donazione, senza mancipazione. Infatti Paolo *V*, *1*, *11*, indicando non esser necessarie per costituzione del D. Pio le solenni parole della mancipazione[1] dice « sufficit enim inter conjunctas personas quibuscumque verbis, ut in donatione, voluntas expressa. » Così che rimase nelle cose mancipi la scelta fra la mancipazione e la tradizione, *l. 4*, *C. Theod. de donat.* Costant. « Iuxta Divi Pii consultissimi Principis instituta... donationes... conlatae in ceteras, exceptas Cinciae legi, personas obtinere propriam firmitatem sive mancipationis decursa fuerit solemnitas, vel certe (ad minus) res tradita doceatur. » Ond'è che ne'*fragm. vat. 263* Papiniano senza distinzione fra cose mancipi e non mancipi dice, che la madre ha fatto atto inefficace donando ai propri figli « si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit. » Il *§ 268. fr. vat.* concorda pienamente quanto alla donazione del padre alla figlia. Quindi accadde certamente che nell'uso posteriore al D. Pio le mancipazioni non erano fra le *exceptae personae* adoperate, ma bensì le tradizioni come più facili. Così è, che Diocleziano e Costanzo *fr. vat. 297* dicono invalida la donazione dell'ava alla nepote se si dimostrasse, che nè possesso era stato consegnato, nè consegnati istrumenti;[2] senza aggiungere menzione della prova della mancata mancipazione. E Diocleziano e Massimiano *fr. vat. 314* stabiliscono la validità della donazione del padre al figlio se, almeno presuntivamente col mezzo degli istrumenti, constasse « eum in vacuam inductum possessionem. » Sbagliarono adunque coloro, che credettero essere questo il diritto della l. Cincia, ossia che in forza della medesima non fosse la mancipazione necessaria fra *exceptae personae*. Osta

---

[1] Non tolse il D. Pio la necessità della tradizione almeno; lo che vedremo fatto solamente da Costantino e fra ascendenti e discendenti, non fra le altre *exceptae personae*.

[2] La ragione di questo inciso aggiunto sta in quella presunzione di fatta consegna, della quale faremo menzione fra poco.

la *d. l. 4* di Costantino. Osta Plinio nel caso riportato epist. X, 3. La madre d'un tal Voconio, scritti i codicilli a Nerva (l'Imperatore?), avea dichiarato la volontà di far donazione al proprio figliuolo; ma per la mora da lei commessa nell'interporre la mancipazione « nondum satis legitime peractam fuisse. » Erra parimenti chi scrisse viceversa, esser stata anche all'età di Severo necessaria nelle cose mancipi la mancipazione per le donazioni fra *exceptae personae.* Osta di nuovo la *d. l. 4*, che al D. Pio attribuisce la tolta necessità della mancipazione fra tali persone. Ostano gli altri passi sopra citati di Paolo nelle sentenze, di Ulpiano Papiniano e Diocleziano ne' frammenti vaticani: Papiniano visse all'età di Severo; Ulp. Paolo e Diocl. furono più o meno posteriori alla medesima età, ma fra l'epoca loro e quella di Severo niuna legge fu certamente promulgata su quella esclusione di necessità della mancipazione. Nè giova a quella opinione il citato passo di Plinio, perchè esso fu anteriore al D. Pio e contemporaneo a Trajano. Nè le giova il *§ 263, fr. vat.* Papinin., dove è la mancipazione richiesta ma alternativamente colla tradizione del possesso; o il *§ 293. fr. vat.*, [1] dove si vuole bensì la mancipazione, ma « si non excepti fuistis... nam si exceptus fuisti, privignus tunc constitutus, sola traditio sufficit. » — Il secondo cangiamento fatto dal D. Pio è il seguente. Finora abbiamo trovato, che l'*exceptae personae* differiscono dalle *non exceptae* in questo, che per quelle bastava nelle cose mancipi la sola mancipazione o almeno la sola tradizione, per queste richiedevansi mancipazione e tradizione insieme. Un'altra mutazione del D. Pio fece sì che anche vacillasse la necessità della tradizione tanto nelle cose mancipi quanto nelle non mancipi riguardo a certe determinate *exceptae personae*, e fu in causa che tale necessità poscia cadesse del tutto. Stabilì questo Imperatore, che si dovesse assolutamente prestar fede agl'istromenti di donazione consegnati al dona-

[1] La parte posteriore di questo paragr. de'framm. vatic. trovasi nella *l. 4. C. de contrah. emt.* Diocl. e Massim.

tario ne' quali si attestasse la tradizione come avvenuta, se si trattasse di donazioni fra padre e figlio. È l'analoga costituzione riportata da Diocleziano e Costanzo *fr. vat. 311*. Quest'ultima Costituzione fu ampliata dai giureconsulti ed imperatori seguenti. Pel *§ 268, fr. vat.* (Ulpiano?) fu estesa alla donazione del padre alla figlia; pel *§ 297. fr. vat.* (Diocl. Massim.) fu portata a quella dell'ava alla nipote; e così si arrivò a protrarla agli ascendenti e discendenti in genere. Dopo tutto questo sopraggiunse la nostra *l. 2, C. Th. de donat.* di Costantino a. 316 E. V., che parlando della tradizione nella donazione fra padre e figlio (secondo la nostra interpretazione) espone il diritto del tempo suo. Ma nel tempo pur breve, che intercedette fra le ultime costituzioni di Diocleziano e Costanzo *d. § 297, fr. vat.* e l'età di Costantino, quel diritto sulla pienissima fede degl'istrumenti scritti nelle donazioni fra ascendenti e discendenti e riferenti esser stata fatta tradizione, dovette avere nella pratica grande influenza sull'uso istesso della tradizione. I cittadini aveano incominciato a scrivere a quel modo gl'istrumenti senza fare in realtà la tradizione, praticamente inutile. Quindi Costantino stesso ragionevolmente costituiva nell'anno 319 « licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat neque incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit inrepere, » valessero le donazioni fra discendenti e ascendenti tanto di cose mancipi che di cose non mancipi « in quocumque solo et cujuslibet rei » *l. 4, C. Th. de donat.* Ripete nella *l. 5, C. Th. eod.* a. 333; confermando la solennità della confezione degli atti, ed imponendo che la medesima più rigorosamente fosse osservata, siccome abbiamo accennato di sopra. Pertanto queste due leggi posteriori non ostano alla interpretazione data da noi alla *d. l. 2.* Nè si sussuma, che la *d. l. 4*, tutto riporta alla costituzione del D. Pio, quasi che dunque anche questo diritto debbasi al D. Pio riportare. Lo che se fosse vero, falsi sarebbero quei testi tutti che dopo il D. Pio dicono ancor necessaria fra ascendenti e discendenti eziandio o la mancipazione o la tradizione. Ed osta pure evidentemente il *§ 249, fr.*

vatic. Costant. e Cess. [5] « nuper exceptis personis [6] dicta lex est, in quibus summum jus (il dritto del sangue) et voluntas omni libera solemnitate more perfecta ortus suos praesenti munere opulentat. » Adunque non si può retrocedere al tempo del D. Pio, chè si oppone quel « nuper; » ma Costantino spetta alla propria Costituzione dell' anno 319. Vero egli è, che nel Codice Teodosiano la *l. 1.* (cf. no. 5) è iscritta all' anno 316, consoli Sabino e Rufino, che realmente in quest' anno tennero il consolato, ed è messa a capo del titolo: quasi che non possa perciò spettare alla Costituzione dell' anno 319. Ma nella *l. 25*, *C. Iust.* (cf. d. not.) l' iscrizione è dell' anno 323, consoli Severo e Rufino, che in verità ebbero consolato in quest' anno siccome sappiamo dalla *Vet. notitia Praefector. urb.* Adunque in quella iscrizione del Codice Teodosiano v' è errore di compilazione, come bene osserva Gotofredo *II*, *pag. 641*, *no. pp.*; errore del resto in quel Codice non infrequente. Come adunque si spiega quel riportarsi della *l. 4*, al D. Pio? Non si dice, che precisamente piaccia o fosse piaciuto al D. Pio che non fosse necessaria nè mancipazione nè tradizione, ma che ciò piace a se autore della costituzione (il quale appunto per questo la compone, chè altrimenti sarebbe inutile) « juxta D. Pii instituta. » Non tutto intiero il diritto stabilito nella *l. 4*, aveva per autore diretto il D. Pio, ma talvolta ne era stata solamente da questo tracciata la strada. E il D. Pio aveva, siccome vedemmo, tracciata la strada in questo articolo, stabilendo quella piena fede agli strumenti nelle donazioni fra padre e figlio, dove si asserisse fatta la tradizione. Secondo questi « instituta » Costantino toglie affatto la necessità della tradizione. — Ritenuta la nostra spiegazione, s' intende perchè Giustiniano nel riportare la *l. 2*, nella *l. 26*, *C. de donat.* parli d' « instrumentis ante prae-

[5] Le parole dispositive sono nella *l. 1. C. Th. de donat.* e mutate qua e là nella *l. 25 C. Iustin. de donat.*

[6] S' intendono con stretta accezione e per la *subjecta materia* gli ascendenti e discendenti. Nelle altre persone *exceptae* si lascia perseverare la necessità della mancipazione o della tradizione alternativamente, come fatta dal D. Pio, *d. l. 4*, *C. Th. de donat.*

missis, » ma nulla aggiunga sulla corporale induzione, proseguendo immediatamente « Quod jus per eum servum etc. » Giacchè nel tempo intermedio lo stesso Costantino avea tolto la necessità della tradizione fra ascendenti e discendenti colla *d. l. 4* dell'anno 319. Conserva Giustiniano la solennità della scritura in *d. l. 26*, come pure la conservava Costantino nella *d. l. 5* dell'anno 333. — Conchiudiamo su tutta la indagine dell' acquisto del possesso ai pupilli e minori: I tutori e curatori sono al certo istrumento ad acquistare il possesso ai pupilli e minori, di modo che possono sempre da soli acquistarlo ai medesimi anche ignoranti. In cosa dove la volontà dell' acquirente sarebbe principalmente domandata, è questo un diritto ricevuto per ragione di singolare utilità.

§ 280.

Per compire il presente trattato dell'acquisto del possesso per mezzo di altri resta a vedere, se una università possa acquistar possessi per mezzo d'un servo pubblico o de' suoi rappresentanti, l'attore, il sindaco. Veramente la università non è suscettibile di acquistar possessi nè da per se nè per altrui mezzo. Imperocchè quantunque essa risulti da un complesso d'individui, non però consiste in questi, essendo un ente nuovo, morale o per meglio dire giuridico. Le cose che sono di diritto può ben averle; ma non il possesso che desidera animo e corpo di fatto mentre l' ente giuridico manca dell' uno e dell'altro. Paolo *l. 1, § 22, h. t.* « Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt. » *Universi* devesi leggere, benchè la fiorentina abbia *uni*; come giustamente osservano Cujacio *ed. nap. V. 703.* Savigny *Syst. II, p. 285, not.* Ed il significato si è, che l' università come tale *(universi)* non può aver consenso ossia animo di possedere. Concorda in un' eguale espressione di Ulp. *XXII. 5.* « Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant. » Ond'è che neppure per altrui opera può l'università acqui-

star possesso, perchè sempre richiedesi nell'acquirente l'animo proprio (§ 241) ed anche una certa fisica disponibilità (§ 242). Si disputò fra gli antichi giureconsulti (lo accennavo § 246 n. 4) sul servo municipale che pigliasse per causa del peculio, se per suo mezzo potessero i municipali usucapire a norma del dritto espresso nella *l. 1, § 5, h. t.* Affermò Nerva il figlio; negarono alcuni altri per la ragione che i municipali non posseggono i loro servi stessi. Paolo *d. l. 1, § 22*, riportata la disputa, non esprime la sua decisione. Ma migliore fu la sentenza di Nerva; sia perchè è ricevuto che per acquistare possesso per mezzo del proprio servo non è necessario il possedere, sia, che è più (e ciò valeva presso Nerva proculiano), perchè nella fatta ipotesi della causa peculiare non si tratta di acquistar vero possesso ma finto, tanto che sia stato tale possesso ravvisato anche nelle eredità giacenti. — La *l. 1, § 22*, riporta il dritto rigoroso. Ma Ulp. *l. 2, h. t.* e *l. 7, § 3 ad exhib.* avverte essere stato ricevuto che i municipali acquistino il possesso per mezzo d'un servo e per mezzo di libera persona; persuadendolo la grande utilità. Bene qui osserva Cujacio, non esser nuovo, che per simile ragione singolare di utilità non nuoccia all'acquisto del possesso la mancanza dell'animo, e (aggiungiamo) della disponibilità. Così nell'infante è stato ammesso acquisto anche per mezzo del solo tutore; siccome spiegavamo poc'anzi.

CAPO SESTO.

Sulla ritenzione e sulla perdita del possesso.

§ 281.

È giusta osservazione di Savigny *pag. 307*, che il trattato sulla ritenzione del possesso va unito a quello sulla perdita del medesimo: poichè qualsiasi possesso dura finchè non venga perduto. Onde è, che mentre nelle pand. viene iscritto il titolo « de acquirenda vel *amittenda* possessione » è nel cod. « de acquirenda et *retinenda* possessione. » Avverto fin dal principio che io non parlerò di quelli elementi che, necessari alla ritenzione del possesso, spettano all'esistenza di alcun obietto, di alcun subietto, del possesso medesimo. Se la cosa perisce, il possesso ne è perduto evidentemente; lo che avviene anche per la specificazione *l. 39, § 4, h. t.* o col divenire la cosa di dritto divino. Così anche se muoia il possessore, finisce il possesso, che per sua natura non si trasferisce (§ 68); come finisce se egli cada in cattività (§ 168, agg. § 315 seg.). — Altra buona riflessione di Savigny è, che nella stessa definizione del possesso viene sempre il concetto d'una azione fisica adoperata coll'animo relativo, di modo che esista un rapporto e del corpo e dell'animo; che perciò per la durata del possesso sono necessari questi due elementi, e il possesso finisce al cessare d'uno di essi o d'ambedue insieme. [1] La differenza, soggiunge il lodato scrittore, fra l'acqui-

[1] Si concepisce il caso in cui non cessando il rapporto sia dell'animo sia del corpo, pur si perda il possesso per la perenzione dell'attività. Vedemmo § 44 un esempio dalla *l. 1, § 47, de vi.* Ma ciò accade ben rara-

sto e la ritenzione del possesso, è nel grado e nel modo d'intervento di que' due estremi, e non nella loro sostanza. Se le medesime condizioni fossero dimandate in egual grado e modo che nell'acquisto; allora per ritener possessi sarebbe necessario secondo le massime esposte in questo trattato l'animo nostro; ed inoltre il tatto del nostro corpo o la nostra sicura fisica disponibilità unita a qualch' altra fisica azione, ovvero il corpo di un'altra persona con una nostra disponibilità benchè non sicura. Ma così avverrebbe che piccolo numero si avrebbe di possessi, poche sarebbero le cose che un uomo o da per se o per altri riterrebbe; tenue essendo la quantità delle corporali azioni o nostre o delle persone che possiamo usare come istromenti. Gli autori del dritto, che per ragioni esposte a suo luogo avevano a cuore il fatto del possesso, non poterono farne dipendere la esistenza da così rigida condizione. Que' due estremi non sempre furono richiesti nell'istesso grado e modo quanto alla ritenzione. E qui sommamente rifulge l'assioma di dritto e di natura, che più facile è conservare e ritenere che acquistare e comporre. Tutto ciò apparisce in primo luogo ne' possessi che riteniamo da per noi stessi, e poi anche in quelli che riteniamo per mezzo di altri. Vediamo degli uni e degli altri: e primieramente de' possessi che riteniamo da noi.

§ 282.

Il minor grado, che abbiamo segnalato, ritrovasi tanto nell'animo che nel corpo. Per l'animo non dirò col Savigny *pag. 334*, bastar la potenza di riprodurre ad ogn'istante la volontà primitiva; ma (ch'è più mite) bastare, che l'animo

---

mente; e quasi sempre cessa l'attività colla cessazione del rapporto fisico. Inoltre, sottilmente parlando, il fine del possesso nel caso della *d. l. 1, § 4*, potrebbe ritrovarsi ancora, avuta semplicemente ragione dei due estremi dell'animo e del corpo, in quanto che nell'uomo legato e costretto a lavorare è tolta la relazione fra la volontà e l'azione fisica, relazione che pur deve esistere fra questi due elementi onde possesso esista.

antico specialmente determinato al possesso si presuma che duri. Ond'è che non solo seguitano a possedere coloro che dormono o pensano ad altro od hanno dimenticato, ma pur anco i furiosi *l. 4, § 3, l. 44, § 6, de usurp. et usuc.* In cosa utile, qual'è il possesso, il dritto nostro crede che vi sarebbe volontà di perseverare in esso se l'intelletto vigilasse; e sopra tal presunzione il dritto medesimo basa la durata del possesso come tanti altri istituti ha basato. È così, che nel furioso è stato riconosciuto idoneo subietto alla ritenzione dei possessi. Si domanderà forse perchè non ancora allo acquisto *l. 1, § 3, l. 18, § 1, h. t.*, mentre pure è utile anco questo? Perchè quanto alla ritenzione potevasi quella presunzione indurre con maggiore probabilità; per la ragione potissima, che era pure esistito l'animo speciale di avere quel possesso, manifestato una volta da colui che ora è furioso, animo speciale che ora si crede durare non esistendo contraria volontà. E per la ragione secondaria di equità, che più facilmente si ammette lo evitare un danno che il pigliarsi un lucro. Così è da intendere quel che pronuncia Papiniano *l. 44, § 6, de usurp. et usuc.* « utilitate suadente, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat. » Il giureconsulto espone la suddetta ragione di equità, secondaria ragione ma molto pratica. Non una ragione isolata, come alcuni credono, anzi neppure la principale. Quindi vedremo che la nostra presunzione vale anche in coloro che possiedono a vantaggio di altri anche quando non ne abbiano essi stessi alcun lucro (§ 328).

§ 283.

Or veniamo all'elemento o estremo del corpo. Certo che se si abbia il tatto o almeno la sicura disponibilità con qualche altro atto fisico sulla cosa (come si richiede regolarmente per acquistare), il possesso è ritenuto; ritenuto per mezzo d'un presente atto del corpo. Perciò come per gli acquisti si esprimono questi avvenimenti dicendo che si acquista *corpore l. 3, § 1, h. t.*; così si esprimono per le ritenzioni colle simili parole che si ritiene *corpore l. 44, § 2, h. t., l. 1, § 26, de*

§ 10, h. t., che il servo il quale litiga col padrone in liberal giudizio si tiene per tuttora posseduto se immediatamente dallo stato di servitù venne a quel giudizio, ma non se egli avesse dimorato in libertà *diu*. Conchiude Jhering, che il non essersi il padrone servito *diu* di quell'uomo importò perdita del possesso. Di questo frammento dovremo occuparci in seguito. Vedremo che la ragione per cui in quel secondo caso va perduto il possesso del servo, consiste in ciò, che quantunque per causa di utilità si ravvisi un finto possesso del padrone sui servi litiganti in giudizio liberale, questo però è limitato al caso che tali servi siano usciti subitamente dallo stato di servitù, e non è esteso al caso che essi fossero per lo innanzi in istato di libertà. Quell'espressione « si diu etc. » del giureconsulto non significa che la diuturnità dello stato di libertà sia tassativamente indispensabile perchè in quella ipotesi sia perduto il possesso, ma viene pronunciata soltanto per ben fissare e ribadire che tal perdita accade precisamente solo nel caso che dallo stato di libertà i servi passino a quella lite. Infatti proseguendo nel discorso Paolo non mette in contrasto con tali servi gli altri che *non diu* siansi trovati in istato di libertà, ma quelli che non ci siano stati del tutto. Lo stesso Paolo *l. 15, § 1, de usurp. et usuc.* ripetendo sul servo fuggitivo, il quale si diportasse da uomo libero ed ora prenda a litigar col padrone, non potersi in esso finger possesso, nulla dice del tempo diuturno. [3] Cita inoltre Jhering il luogo di Papiniano *l. 47, h. t.* Stabilisce il giureconsulto, che « rerum mobilium neglecta atque omissa custodia... veteris possessionis damnum adferre consuevit. [4] » Dunque, conchiude Jhering, è la negligenza per se che spegne i possessi. Però Papiniano non parla di qualsiasi negligenza, ma di quella che porta l'omissione della custodia, dappoichè talvolta può ri-

[3] Ottimamente può spiegarsi Paolo ne' due citati frammenti, senza dire con Randa *pag. 437 not.*, che la *l. 3, § 10* appena ha alcun valore, per trovarsi in opposizione colla *l. 15, § 1*.

[4] Questo « consuevit » veramente è stato meglio inteso da Jhering *pag. 161*, che da Savigny.

manere la custodia di una cosa, ossia può la cosa restar nella posizione che le assegnammo e non essere occupata da mano straniera (§ 302), anche se la trascuriamo. Insomma nella omissione della custodia afferma Papiniano la perdita di possesso delle mobili cose. Che se la definizione di Papiniano basasse sulle vedute vagheggiate da Jhering, sarebbe un errore della medesima il trovarsi espressa per le sole cose mobili, anzi neppure per gli animali e per gli uomini che hanno l'animo di ritornare. Ma, soggiunge Jhering, altri testi possono allegarsi che trattano di cose immobili: lo che mai scusrebbe il notato errore nella *l. 47.* Questi testi sono a suo avviso la *l. 40, § 1, h. t.* nella quale Africano dice che, morto il colono, non subito è perduto il possesso al proprietario ma allorquando « possessionem adipisci neglexerit, » e la *l. 37, § 1, de usurp. et usuc.* in cui Gajo parla di possesso che vachi o per la negligenza del padrone o perchè il padrone sia stato per lungo tempo lontano. Quanto alla *l. 40, § 1, h. t.* vedremo § 321, che significa positivo spregio, positivo animo di abbandono. Quanto alla *l. 37, § 1, de usurp. et usuc.* è da osservare una cosa già notata dalla Glossa e da molti scrittori; che cioè in dritto romano la diuturna omissione di qualunque atto di possesso significa abbandono di possesso e perdita pel capo dell'animo.[5] Ora che il testo di Gajo spetti a tale articolo, fu saviamente notato da Savigny *pag. 340 seg.* La negligenza protratta rende inverosimile la mera dimenticanza (che non basterebbe ad estinguere il possesso, in vista dell'animo abituale), e da essa si argomenta facilmente al deposto animo di possedere; è una perdita per causa d'atto contrario dell'animo. Per se la diligenza non è necessaria; ma dalla sua cessazione può in analoghe circostanze di fatto arguirsi alla deposizione della volontà. E lo stesso Savigny bene interpreta quella separazione che fa Gajo fra negligenza

---

[5] Ragionevolmente la GLOSSA ed altri lasciano la determinazione del tempo al prudente arbitrio del giudice, mentre alcuni tentano indarno di fissare un decennio.

ed assenza. Negligenza è detta da Gajo allorquando la cosa apparisce assolutamente spregiata, perchè il padrone era presente e non la coltivò. Assenza poi, per cui vachi il possesso, s'intende da Gajo quella, onde sia dimostrato che il padrone preferisce la dimora in altre regioni al possesso di quella data cosa; ritorna l'animo di abbandonare benchè mosso da altra ragione che da un dispregio assoluto.[6] L'interpretazione di Savigny è confermata dalla *l. 4, C. h. t.* dove Diocl. e Massim. dicono che sarà perduto il possesso se Nepoziano non abbia coltivato la deserta possessione de'predi « derelinquendi affectione. »[7] Ed ecco (dice bene Savigny) perchè i romani trattando del possesso, che si conserva *solo animo*, scelgono sovente l'esempio de' boschi invernili ed estivi; giacchè questi restano per l'intiero mezzo anno fuori del contatto del padrone, senza che possa conchiudersene certamente l'animo di abbandono; lo che derivando dalla loro natura, rendevasi superfluo ai giureconsulti il ripetere ad ogni caso speciale l'assenza di tale animo.

§ 285.

Altri scrittori abbracciando il fondamental pensiero di Savigny tentano definir meglio la disponibilità necessaria per ritenere il possesso. Così Randa *pag. 435 segg.* sostiene, che il possesso persevera fintantochè non si verifichi una durevole (« dauernde . . . anhaltende ») impossibilità della domina-

---

[6] Convien dare la stessa interpretazione al simile discorso di Gajo *comm. II, 51,* « Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, cum ea vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. » Il passo è riportato da Giustiniano *§ 7, I. de usucap.* così « si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit sine vi nanciscatur. »

[7] La parte della *l. 4, C. h. t.*, in cui si stabilisce non perdersi il possesso se « metus necessitate culturam eorum distulisti, » verrà dichiarata § 304.

zione sulla cosa. Avvenendo quindi un caso per cui non si possa sul momento operar sulla cosa, Randa non riguarda se di fronte a quell' evento la ripetizione del fisico operare si abbia o no a credere presumibile tenendo conto dell' ordinaria natura dell' evento medesimo; ma solo dalla lunghezza o brevità del tempo, in che sarà impossibile la ripetizione di quell' operare, giudica se sia o no perduto il possesso. Quindi, caduto un oggetto nell' acqua, l' autore medesimo non tiene conto per conchiudere la perdita del possesso, se dalle circostanze si debba supporre che non verrà ripreso: ma dice perduto il possesso quando la gravità di esso oggetto e la profondità dell' acqua rendono necessari apparati che esigono tempo, *pag. 452*, *n. 22*, *a.* E dimenticato il posto ove è stata lasciata una cosa, dice che il possesso non è perduto purchè la dimenticanza sia momentanea, *pag. 452*; e non sceglie piuttosto la considerazione che secondo gli eventi ordinari si debba credere che la cosa sarà rinvenuta. — Ma neppure questa spiegazione può piacere. Un' inondazione non *ex causa perpetua*, benchè si presenti d' indole non momentanea, non fa perdere il possesso (§ 298). Non si perde il possesso d' un alpestre luogo, [1] benchè la neve ne impedisca per parecchi mesi l' accesso. Smarrita una cosa in modo che il ritrovarla è da presumersi, non è perduto il possesso, quantunque non soglia ritrovarsi senza lunghe ricerche *l. 3*, *§ 13*, *vers. dissimiliter*, *h. t.*; come se una mia carta fu messa a mia insaputa entro un volume della mia libreria. [2]

---

[1] Ved. RANDA stesso *pag. 435, n. 49, fi.*

[2] È inesatto quel che RANDA *pag. 453, n. 24* sostiene in massima, che cioè possesso possa dirsi salvo solo di fronte a mere dimenticanze, e non ad ignoranza del sito ove la cosa si trovi; valendosi delle *l. 25, pr.*, *l. 44, pr. h. t.* Che importa che la cosa sia rimasta nel posto ove io stesso la posi ma dimenticai; o che cadesse o venisse situata da altra persona o da se stessa (se animata), sicchè io ignori il sito preciso presente? Se il possesso è salvo nel primo caso *d. l. 44, pr.*, può esserlo anche nel secondo *l. 3, § 13, vers. dissimiliter*. e *§ 16, h, t.*, e *d. l. 44, pr. vers. alioquin*. Di quale ignoranza parli la *d. l. 25, pr.* vedremo § 296.

§ 286.

Non è dunque la realtà di Molitor, non la diligenza di Jhering, nè la mera possibilità di agir sulla cosa di Savigny, o la breve durata dell'impossibilità d'agire di Randa, quella, che salva il possesso. La sintesi dei testi ci fa credere piuttosto, che i romani vogliano un contatto abituale. E questo lo rinvengano giustamente ogni volta, che estimando la natura degli avvenimenti si possa presumere, che il possessore, posto che voglia, sarà per ripetere il presente contatto sulla cosa. Si conserva adunque il possesso quando militi la presunzione, che si verificherà ripetizione di presente contatto o per corpo proprio o per altrui, posto che il possessore sia per volerla. Non è necessario, che quella ripetizione sia sicura, ossia attuabile certamente se adesso voluta; anzi neppure è necessario, che sia possibile lo attuarla poco dopo voluta. La lunghezza del tempo, in cui la detta ripetizione non sia possibile, può facilmente influire per far cadere la presunzione che essa, posto che voluta, avverrà; appunto perchè in lungo tratto si moltiplicano le probabilità di impedimenti insuperabili. Ma per se, torno a dire, non ha diretta influenza; e per regola basta, che le circostanze ci facciano ragionevolmente presumere, che la cosa sarà toccata o col corpo nostro o di chi cominci poscia a prestarci ministero, in seguito allo averne noi formata la volontà; « si velimus, naturalem [1] possessionem nancisci velimus » *l. 3, § 13, h. t.* [2] Dissi, o col corpo di

[1] Su questo epiteto ved. § 97.

[2] Spero che niuno vorrà opporre, che a questo modo anche il discacciato per forza non perda il possesso, in quanto che può sperare sulla ripresa per futuro giudizio. Troppo chiare sarebbero le risposte. Nell'apprezzamento delle circostanze, che secondo la nostra teoria importano ritenzione di possessi, non può tenersi conto de' giudizi aventi per obietto i possessi medesimi. Essendo sostanzial natura di qualunque giudizio, che vi si riconoscano i rapporti già formati indipendentemente da essi, non già che vi si operi la loro formazione; si difendano le ragioni degli attori, non si compongano. Oltre che neppure può dirsi in fatto, che i possessi tolti

chi incominci poscia a prestarci ministero. Ond'è che un malato confinato perpetuamente in letto conserva il possesso delle cose che non potrà più toccare da se, perchè lo potrà per mezzo altrui. [3] Così riteniamo il possesso del bosco estivo nell'inverno; come dell'invernale in estate, benchè lo lasciamo per lungo tempo, e forse per nevi non possiamo per lungo tempo accedervi, *l. 3, § 11, l. 44, § 2, l. 45, h. t., l. 1, § 25 de vi*: imperocchè tutto fa presumere che ci sarà dato il ritornare. Possediamo quelle bestie mansuete, o mansuefatte, che per loro natura sogliono andar lungi, però colla consuetudine di tornare; e vanno in parti sconosciute di modo che per qualche tempo non possano essere da noi, neppur volendo, toccate, *l. 3, § 15, 16, h. t.* Poichè è sempre vero che, posto che noi vogliamo, convien ritenere secondo le naturali abitudini di quelle bestie che potremo in avvenire ritoccarle. Così pure possediamo le bestie ne' vivaj, i pesci nelle piscine; perchè, quantunque dopo qualche caccia, la ristrettezza del luogo fa anche certo che ritoccheremo quando avremo voluto, *d. l. 3, § 14.* Possediamo un servo che va in giro ma ha proposito di ritornare, per simili ragioni *l. 44. pr. vers. alioqui, l. 47, h. t.* E per le ragioni medesime conserviamo possesso di una cosa che ci cadde di mano e si smarrì, quando lo smarrimento sia tale, che per diligente ricerca abbia secondo gli ordinari eventi a presumersi il rinvenimento *d. l. 3, § 13, vers. dissimiliter:* poichè devesi pur qui presumere per la ripetizione del toccamento dopo che avremo voluto, benchè non appena avremo voluto. Finalmente se nascondemmo un tesoro, nè

---

violentemente sieno per lo più restituiti in forza de' relativi giudizi: tenendo calcolo e delle prove che spesso falliscono, e delle definitive sentenze non sempre giuste, e dello essere le sentenze medesime concepite non della restituzione ma dell'interesse (§ 59).

[3] Se il preso dai nemici perde affatto il possesso delle cose lasciate in patria (§ 78), ciò è perchè neppure gli si può prestare altrui ministero pel possesso: sendo che, la cattività facendolo servo de' nemici *l. 5, § 2, de captiv.* e da essi posseduto *l. 23, § 1, h. t.*, non può esistere in esso quell'interesse che avea sulla cosa, pel riconoscimento del quale interesse altri avrebbe potuto essergli mezzo a possedere (§ 48).

ricordiamo immediatamente il punto preciso, conserviamo il possesso; perchè secondo gli ordinari eventi richiamando bene la memoria e rovistando i punti dove secondo i nostri modi di vedere ed abitudini sogliamo nascondere, volendo ritroveremo, *l. 44, pr. h. t.* Aggiungo, che si conserva il possesso di questo tesoro anche se fu nascosto in luogo altrui; perchè ordinariamente i proprietari del suolo non escludono coloro che ritornino per ricercare il proprio tesoro, *d. l. 44, pr.* (Ved. § 215, n. 1).

§ 287.

Pertanto due cose si domandano affinchè possesso si ritenga. Primo: per parte dell'animo la volontà presente vera, o almeno l'antica specialmente determinata che si presuma durare. Secondo: per parte del corpo o il tatto ovvero la sicura disponibilità con qualche altra azione fisica (ritenzione *corpore*); o almeno la sopra descritta disponibilità soltanto presumibile, senza alcun atto presente del corpo, che viene soltanto da detta disponibilità supplito (ritenzione *animo*). — Dalle quali cose è facile formare le regole per la perdita. Ogni cosa, e nella natura e nel dritto, finisce quando ne cessino tutti gli estremi necessari, o ne cessi almeno alcuno. Dunque il possesso si perde sia che venga a mancare l'uno e l'altro requisito della ritenzione, sia che venga a mancarne uno. — Per parte dell'animo finisce il possesso per mezzo d'un atto contrario col quale si distrugga la presunzione della perseverante volontà. Savigny *pag. 335, seg.* ed altri dopo esso hanno affermato che dal lato dell'animo il possesso si perde per mezzo della positiva volontà di abbandono. Noi ne abbiamo dato la ragione nella distruzione di quella presunzione. E così sciogliamo direttamente l'opposizione che a Savigny fa Jhering *pag. 168, segg.*, perchè dunque il possesso si perda colla morte dove pure non si trova alcun atto d'animo contrario a quello. Rispondiamo, perchè è assurdo il presumere che un morto voglia ritener possessi; manca l'uomo nel quale la volontà si presuma. Per la qual cosa nelle *l. 3, § 6, l. 17, § 1, l. 30,*

§ 4, *h. t.* si definisce la perdita del possesso per via d'un atto di animo contrario « si nolis... si nolimus possidere... quisque constituit nolle possidere. » Quindi è che un furioso non può per questo capo perdere possesso, *l. 27, h. t.* Proculo « non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere: quia furiosus non potest desinere animo possidere. » Come neppure un pupillo può coll'animo proprio perdere un possesso, perchè o per natura (se infante o prossimo all'infanzia) o almeno per legge non si rinviene in esso animo sufficiente alla perdita *l. 29, h. t.* [1]

§ 288.

Quanto al corpo, se trattasi di quella ritenzione che propriamente si dice *corpore*, il possesso può essere distrutto con un contrario atto fisico; il quale cioè finisca o il tatto, o la sicura disponibilità coll'altro atto fisico, per cui quella ritenzione accadeva. Ma per se un tale atto contrario non basta ad estinguere assolutamente il possesso; appunto perchè il tatto o la sicura disponibilità con altra fisica azione non sono assolutamente indispensabili per ritenerlo; e la suddescritta meramente presumibile disponibilità, che basta, può durare non ostante il ripetuto atto contrario. Inoltre può accadere, che immediatamente dopo quest'atto si prosegua a possedere per mezzo d'un altro p. e. per mezzo d'un colono, d'un depositario, verso il quale l'atto medesimo venga fatto. In questi casi, essendo presenti i requisiti tutti necessari al ritenere il possesso, cioè o la propria sufficente disponibilità o il corpo altrui ed inoltre l'animo analogo e diretto a queste maniere di ritenzione; il possesso non si estinguerebbe, ma solo passerebbe da una in altra maniera di ritenere. Pertanto affinchè quell'atto contrario sia assolutamente idoneo ad estinguere il possesso, è necessario che sia associato all'animo di perderlo; allora, informato da tale animo, diviene proporzionato alla estinzione del possesso. Per la qual cosa

[1] Su questo frammento torneremo § 290.

affinchè nella specie di ritenzione, di cui parliamo, l'atto contrario del corpo finisca realmente il possesso, prescindendo dalla perdita di quella disponibilità presumibile (ossia tanto se pur essa si perda quanto se essa per se rimarrebbe), è necessario ancora il concorso dell'animo.[1] È caso, in cui il possesso si perde per la cessazione di ambedue gli estremi, animo e corpo. Ciò esprime Papiniano *l. 44, § 2, h. t.* « Ejus quidem quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo (ne parlammo di sopra) vel *etiam* corpore (coll'animo e col corpo), si modo eo *animo* inde *digressi* fuissemus, ne possideremus. » Ed allo scopo di segnare le differenze dalla perdita, per mezzo di escita, del possesso che teniamo per mezzo di altri (qual'era il proposito di Papiniano), dice, che allora la perdita non avviene per sola escita di quest'altro; ma solo se un terzo entri (§ 322, seg.), nel qual caso la perdita accade « nobis quoque ignorantibus. » Dunque in quell'altro caso anteriore dell'escita quanto al possesso ritenuto da per noi, è l'animo nostro del tutto necessario per la perdita.

§ 289.

Veramente per mezzo del cessare del solo estremo corporale si estingue assolutamente il possesso ritenuto o *corpore* o *animo solo*, quando accada un fisico evento che tolga nettamente quell'estremo. Ossia se tale sia l'evento, che non si possa dire presumibile giusta gli ordinari avvenimenti la futura ripetizione del contatto, posta la volontà del possessore, secondo le cose su esposte (§ 286). Sia che più solito apparisca invece un esito opposto, sia che i differenti esiti siano probabili del pari. Apprezzamenti di fatto. Allora il possesso finisce anche senza cooperazione dell'animo, perchè ci troviamo nella mancanza di un altro estremo del tutto necessario, e torna la regola che tutto finisce al finire di un requisito necessario.

---

[1] Al nostro discorso concorda la *l. 15, § 4, in fi. de precar.*

§ 290.

Conchiudiamo: Finisce il possesso 1° *animo et corpore*; quando colui che possedeva *corpore* fa atto contrario al tatto o alla sicura disponibilità, ovvero all'altra fisica azione unita a questa, e ciò coll'animo di abbandonare il possesso. Sia che tale atto tolga la disponibilità soltanto presumibile, che basta a conservare il possesso in altra maniera; sia che non la tolga. Perchè nel secondo caso quell'atto per se non sufficiente a togliere il possesso, diventa tale per virtù dell'animo che lo informa, per virtù di esso animo è idoneo alla estinzione del possesso. Pertanto in questo modo di perdere il possesso, *animo et corpore*, la forza dell'animo prevale. 2° *animo*; quando si formi un atto di volontà contrario al possedere. 3° *corpore*; quando accada un evento opposto a quella presumibile disponibilità, che è affatto necessaria per la ritenzione, in cui essa supplisce al corpo. — Che in quest'ultimo caso abbiamo detto il possesso perdersi *corpore*, non manca di ragione nè di testi. Non di ragione: perchè quantunque sia vero, che non raramente al perdersi di quella disponibilità si perda anche l'animo di possedere, dacchè sappiamo e conosciamo di non poter più disporre della cosa; pure la estinzione del possesso precede tal nostra conoscenza. La diretta estinzione avvenne coll'estinguersi della disponibilità la quale supplisce nella ritenzione dei possessi il corporale elemento. Non manca, aggiunsi, di testi. Siccome la perdita del possesso per parte del corpo, ossia per la perdita di quella disponibilità che supplisce il corpo, è indipendente dall'animo; così avviene che a questa perdita van soggetti anche i furiosi ed i pupilli senza autorità tutoria. Così Ulp. *l. 29*, *h. t.* « Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat: non ut animo, sed ut *corpore* desinat possidere: quod enim facti est potest amittere. »[1] Ecco la suddetta denominazione provata col testo.

[1] Su queste ultime parole cf. § 79. — Alla definizione di Ulpiano sembra ostare Marciano *l. 11, de a. r. d.*, che, dopo aver detto non potere il pupillo senza autorità del tutore alienar cosa alcuna, soggiunge « et ne

Similmente nella *l. 23, § 1, h. t.* Giavoleno parla così del possesso perduto dai presi da' nemici « *corporaliter* possessionem amittunt, neque enim possunt videri possidere, cum ipsi ab alio possidentur. » Anche qui non si comincia dall'animo nella perdita del possesso; ma questa avviene direttamente per difetto d'idoneo subietto, mentre colui che principia ad essere posseduto dai nemici non può esercitare più la libera attività corporale sulla cosa (§ 78). Appunto perchè il vizio viene dalla parte del corpo, Giavoleno dice che il possesso è perduto *corporaliter.*

§ 291.

A quel che dicemmo, e che sembra tanto naturale, che cioè a perdere il possesso basta un contrario atto, un con-

---

quidem possessionem, que est naturalis etc. » Non crederei col CUPERO che questi due testi siano inconciliabili. Mentre l'alienare di Marciano non è l'istesso che lo *amittere* di Ulpiano. La distinzione, marcata nella *l. 119. de R. I,* (« Non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem »), è bene applicata a questo punto dalla glossa, e dopo essa da SAVIGNY *pag. 336, n. 3,* da BUCHKOLTZ *ad fr. vat. 3, b.* e da altri. Lo *alienare* significa successione giuridica, della quale una, benchè impropria (§ 68), specie si concepisce anche nel possesso e si applica alle teorie dell'accessione nella usucapione e nell'interdetto *utrubi.* Posto che il pupillo abbia venduto e consegnato, esso perde il possesso, e lo acquista un altro; ma non ha luogo accessione di possesso, non *alienatio,* perchè in essa è necessario il giusto e valido titolo (§ 559, seg.), mancante in quell'atto del pupillo destituito dell'autorità del tutore. Nè osta che Marciano parli di possesso naturale da non alienarsi; quasichè il giureconsulto dica non potere il pupillo alienare il semplice possesso naturale, p. e. dando in deposito, comodato, o locazione: ora in tal possesso non si concepisce accessione non potendo l'accipiente servirsi mai di usucapione o di *utrubi.* Poichè esponemmo parlando del possesso naturale e civile, che e in questo frammento, ed in altri, possesso naturale è detto quello che realmente è anche civile, in quanto che qualunque possesso sotto certo riguardo sempre ha da esser naturale. La qualità di naturale è segnalata da Marciano solamente per richiamar l'attenzione a ciò che in qualunque possesso v'è di più semplice (§ 96), e così esprimere il punto più difficile e più rimarchevole della sua decisione; mentre sotto questo semplice intuito era più facile lo ammettere efficacia nello agir del pupillo senza il proprio tutore (§ 74, 79).

trario evento, anche dalla sola parte dell'animo o dalla sola parte del corpo, fanno apparente ostacolo alcuni testi i quali sembrano esigere per la perdita la mancanza di ambedue gli elementi del possesso, animo e corpo. È celebre il luogo di Paolo lib. 65 ad edict. *l. 8*, *h. t.* « Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est; » parte d'un altro luogo che è nella *l. 153*, *de R. I.* dove è ripetuto altrettanto. Mentre le parole « in contrarium actum est » confermano la teoria che per la perdita del possesso è necessario un evento contrario contro l'opinione di Jhering; d'altra parte fa grave difficoltà il vedere che Paolo vuole che *utrumque* sia fatto in contrario. Osta tutto l'esposto trattato coi testi relativi; osta la ricordata massima che nulla può sostenersi quando ne manchi un solo de' necessari elementi; osta la *l. 3*, *§ 6*, *h. t.* dello stesso Paolo « amitti et animo solo potest, » e la *l. 44*, *§ 2*, *eod.* Papin. « possessionem amitti vel animo vel etiam corpore. » Savigny *pag. 310*, *segg.* interpreta l'*utrumque* per *alterutrum*, l'uno o l'altro, o almeno (come ei corregge nella 3ª edizione) vuole che l'*utrumque* sia indeterminato da poter esser preso tanto per « l'uno e l'altro » congiuntamente, quanto disgiuntamente per « l'uno o l'altro; » lo che però torna all'istessa idea, che cioè secondo Savigny Paolo possa e debba intendersi nel senso, che la mancanza d'uno de'due estremi, o il fisico o il morale, basti ad estinguere il possesso. Allega Savigny esempi di Varrone, di Cicerone, e dei giureconsulti nostri. E le sue vedute sono divise da Windscheid *§ 156*, da Arndts *§ 142*, *n. 1*, da Randa *pag. 441*, *n. 4*. Se non che è a mio giudizio inesatta quella interpretazione dell'*utrumque* presso Paolo. *Utrumque* significa « tanto l'uno quanto l'altro; sì l'uno che l'altro, » e veramente ha applicazione or disgiuntiva cosicchè basti uno, or congiuntiva cosicchè ambedue siano desiderati. Ma tali accezioni non sono arbitrarie; e deve dall'orazione intendersi quale si abbia da adottare « ex mente pronunciantis, vel disjuncta, vel conjuncta (oratio) accipitur » *l. 28*, *§ 1*, *de V. S.* Allorquando l'*utrumque* è adoperato in discorso il quale importi la possibilità di

più eventi, allora vale per « o l'uno o al'altro; » come ne'passi allegati da Savigny ed in altri ancora. Così Varrone *de R. R. I, 2, § 14*, dice che i servi capi *(principes)* ossia quelli « qui utrique rei praeponuntur » sono ne' loro vocaboli diversi « quod unus vocatur villicus, alter magister servorum. » È da tradurre costantemente « sì l'uno che l'altro; » Varrone esprime: Tanto i servi che sono preposti all'una, quanto quelli che sono preposti all'altra azienda, han nomi separati ecc. Il discorso poi importa più eventi, che cioè un servo sia preposto al contado ed altro agli alloggiamenti, che un solo sia preposto a quello ed a questi, che uno solo sia preposto a quello o a questi soltanto. Quindi è che il suo *utrique* va preso disgiuntivamente. Così anche nella *l. 13, pr. de lib. et post.*, proposta la specie di colui, che avea lasciato alla moglie una parte di eredità, or minore or maggiore, sia che gli nascesse un postumo sia che una postuma, Giuliano risponde aver voluto il testatore che la moglie avesse « ex utroque nato. » Traduciamo sempre « sì dall'uno che dall'altro », e siccome venivano trattati più eventi, prendiamo disgiuntivamente. Del pari nella *l. 10, § 13, de grad. et affin.*, alla quale quegli scrittori si riportano con predilezione, leggiamo « Frater quoque per utrumque parentem accipitur, idest aut per matrem tantum, aut per patrem, aut per utrumque. » Va tradotto sempre « sì l'uno che l'altro; » ma nella prima espressione va preso disgiuntivamente perchè si dirige a più casi, che sia comune la sola madre o il solo padre o ambedue. Altrettanto si dica degli altri esempi. Ma poniamo, che il discorso sia tale da inchiudere un evento solo ed esclusivo. Allora l'*utroque* non può prendersi che congiuntamente, appunto perchè preso disgiuntivamente importerebbe pluralità contro la ipotesi. « Si quis ita stipulatus fuerit, decem annuos das, si navis venit et Titius consul factus est? non alias dabitur quam si utrumque factum sit, » *l. 129, de V. O.* In questo passo di Scevola (che allego per tacere altri molti) torna la solita traduzione « sì l'uno che l'altro; » ma siccome il discorso si dirige al solo evento della prestazione del legato, così va presa congiuntamente. Ora veniamo ai nostri testi. Prendiamo il

più pieno nella *l. 153 de R. I.* Comincia « Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. » Significa che le singole cose, tutte le cose, che furono fatte nell'obbligare debbono essere fatte onde per questo capo si sciolga l'obbligazione: p. e. l'accettilazione non è se avvenga solo dissenso contrario al consenso; ma è necessario che vi sia anche stipulazione contraria alla stipulazione. Prosegue « Ut *igitur* (si rimane nella stessa significazione) nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. » È certo che possesso non si acquista senza che vi sia *utrumque* congiuntamente, dunque Paolo vuole *utrumque* congiuntamente anche perchè si perda; onde regga la conchiusione da esso fatta dal preposto principio sulle obbligazioni. Lo che se non fosse dal contesto reso manifestissimo, pure apparirebbe sia nella *l. 153*, che nella *l. 8*, dal solo inciso « nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est; » dappoichè inchiude apertamente non pluralità di eventi, ma quello solo ed esclusivo del perdere il possesso. Traduciamo sempre letteralmente « *Niun* possesso si perde *se non quando* l'uno e l'altro si faccia in contrario; » l'accezione congiuntiva è patente. — Sulle traccie di Kierulff, Lenz *pag. 212, segg.* dice, che la volontà di avere, destituita di un effettuarsi (« thatsächliche Realisirung ») della medesima, non è vera volontà; e che lo avere di fatto (« thatsächliche Haben ») senza la corrispondente volontà non è un vero avere; e che perciò, tolto uno de' due elementi del possesso, è con ciò stesso tolto anche l'altro. Neppur questo piace; mentre falsa ci sembra la tesi. Poniamo che si perda del tutto una cosa mobile di me assente; il possesso è perduto, senza alcun operare della mia volontà; esiste e rimane verissima volontà senza l'elemento fisico. Inoltre (e ciò viene osservato da Windscheid) quella spiegazione non corrisponde alla locuzione romana che i due elementi considera come indipendenti. Così nello acquistare dicono i romani, che noi acquistiamo « possessionem animo et corpore; neque per se animo neque per se corpore » *l. 3, § 1, h. t.*

Così nel perdere dicono negli altri testi sopra citati, che si perde « animo solo » e che si perde « vel animo vel etiam corpore. »

§ 292.

Diremo adunque con Baron *Gesammtrechtsw. pag. 94, seg.* trovarsi ne' due testi di Paolo un'errata applicazione della tesi prediletta de' giureconsulti, ma pur essa erronea nella sua generalità, che « quibuscumque modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus? »[1] — Tentiamo qualche cosa di più tranquillizzante. I testi debbono prendersi nella loro integrità. Ritorniamo al più complessivo frammento della *l. 153, de R. I.*, e per bene comprendere la dedotta regola sul possesso vediamo l' importanza della regola sulle obbligazioni, onde si fa la deduzione. È egli vero che le obbligazioni non si estinguono se non facendo in contrario tutte quelle cose che furon fatte per la loro composizione? Non affatto. Vera è anche nelle obbligazioni, come sempre, la massima che cada ciò a cui manchi un elemento necessario di conservazione; e si applica nel *rei interitus*, nella *confusio*. Paolo significa, che v'è inoltre un'altra separata classe di estinzioni, cioè se si facciano in contrario le cose fatte nella costituzione. Considerarono i romani che in natura i corpi sogliono disciogliersi decomponendoli con processo contrario alla loro composizione *(cf. l. 35, de R. I.)*; e ciò tradussero alla teoria delle obbligazioni, *(l. 35, l. 153, de R. I.)*. Ne'contratti consensuali applicarono stabilendo la risoluzione per contrario consenso; ne' verbali stabilendola per accettilazione; nelle obbligazioni indotte *per nexum*, per un atto contrario, *per aes et libram.*[2] — Or veniamo ai possessi. La regola va presa nell' istesso modo. Si può il possesso estinguere colla estinzione anche d'un solo estremo indispensabile alla esistenza. Può anche applicarsi l'altro metodo di estinzione per mezzo del fare in contrario quanto si fece nello

[1] Non dissimili sono i pensieri di JHERING *pag. 168.*

[2] Cf. il mio libr. *De oblig. pag. 458. seg.*

acquistare. Ma (ecco il senso di Paolo) come quanto alle obbligazioni questo metodo non può aver luogo se non si ripetano in contrario precisamente e puntualmente tutte quelle cose che si fecero nel comporre, così anche per poterlo applicare a tutti i possessi, le singole cose fatte nello acquistarli si debbono ripetere nell'estinguerli. E se in certe ipotesi siamo portati a servirci ne' possessi di questo metodo, esso deve essere a questo modo fedelmente osservato. Ecco se io possedevo *corpore meo*, ed ipoteticamente si domandi come io possa finire il mio possesso col corporale abbandono; questo è l'unico metodo che possiamo seguire (§ 288), ed esso va osservato esattamente.[3] Pertanto la regola delle obbligazioni « Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus » viene da Paolo invocata nel trattato della perdita del possesso siccome un esempio di questo; che non vale nel possesso esclusivamente ed assolutamente, ma solo ipoteticamente, appunto come nelle stesse obbligazioni.

§ 293.

Di nuovo la regola medesima delle obbligazioni è invocata per ragione di esempio ed ipoteticamente nel nostro trattato della perdita del possesso dalla *l. 46*, *h. t.* Tratta Papiniano del possesso d'un fondo nostro occupato clandestinamente da un altro. Vedemmo, e meglio esporremo in seguito, che a noi si conserva il possesso finchè o abbiamo deposto l'animo, ovvero l'esteriori circostanze siano cangiate in maniera, che tolgano la necessaria disponibilità che pur tuttora sembravaci conservata. È una delle speci in cui ci si conserva il possesso, come tecnicamente si dice, *animo, nudo animo.* Pertanto Papiniano domanda nella ipotesi che le circostanze esteriori non

[3] Questo pensarono certamente gli antichi nostri italiani quando dissero, che i due testi di Paolo han luogo solo allorchè l'estinzione del possesso cominci dal corpo

si cangino, come possa accadere la perdita del possesso; e coerentemente alle cose da noi esposte dice che la perdita può avvenire solamente se cominciamo a conoscere essere stato il fondo occupato e cessiamo dal volere. Così accade, che il possesso si disse finora conservato *animo*, e nella data ipotesi si può perder solo colla cessazione dell'*animo:* combinano nella ipotesi i modi del ritenere e del perdere. Quindi Papiniano giudica opportuno d'invocare ad esempio quella regola delle obbligazioni la quale vale pur essa, come dicemmo, solo ipoteticamente. « Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet: ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur. » Come le obbligazioni finiscono a quel modo, in che furono composte, nella ipotesi che questo e non altro metodo di estinzione venga intrapreso; così nel caso il possesso finisce a quel modo in che era ritenuto, perchè così porta l'ipotesi la quale ci costringe a tale metodo di estinzione.

§ 294.

Abbiamo così confermato esser tre i modi di perdere il possesso; *animo et corpore*, *animo*, *corpore*. Ora vediamo dei singoli con opportuno dettaglio — Si perde il possesso *animo et corpore* allorquando la cosa venga abbandonata (*derelinquatur)* con animo di lasciarne il possesso, *l. 44*, *§ 2, h. t.*, *l. 1*, *§ 25, de vi, § 5, vers. Quin etiam, I. de interdict.* Inoltre può tale modo di perdita verificarsi nella tradizione; della quale come parlammo largamente nel capo sull'acquisto, aggiungiamo qualche cosa in questo sulla perdita. Può il possesso perdersi per via di consegna, se questa venga fatta coll'animo precisamente di abbandonare il possesso. Vale a dire se si faccia per causa che trasferisca il dominio, in maniera da far cessare ogni interesse del tradente sulla cosa. Giacchè se avvenga consegna per altra causa, si cangerebbe solo il modo di possedere; cosicchè ciò che possedevamo da per noi cominceremmo a possederlo per mezzo di altri ossia per mezzo dell'accipiente, il quale riconoscendo il perseverante e sicuro

nostro interesse conserverebbe per noi sotto questo rapporto e ci sarebbe istromento di possesso (§ 48). Quindi è che non si perde possesso se si consegni a causa di locazione benchè di lungo o indefinito tempo, od anche se si dia un *ager vectigalis* benchè accidentalmente la concessione sia perpetua (§ 146). Ma se, come dissi, la tradizione si faccia per causa di sua natura perpetua ossia per trasferire il dominio, p. e. per vendita; allora è perduto il possesso, benchè per accidente possa essere ripreso il dominio in forza d'una *addictio in diem*, d'un patto commissorio, o simili. Perchè sempre il dominio è assolutamente e pienamente trasferito in modo, che verificandosi la condizione risolutiva, il dominio per regola non si scioglie *ipso jure* nell'accipiente, ma conviene usare le azioni personali contro il medesimo (cf. il lib. *De oblig. p. 151*). L'interesse del dante che tuttora perseveri non è presente e sicuro; quindi l'accipiente non gli presta ministero per possedere (d. § 48). A questi casi di tradizioni per causa di sua natura perpetua che accidentalmente può sciogliersi, spetta Ulp. *l. 17*, *§ 1*, *h*, *t.* « Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere. » È da notare che Ulp. pronuncia questa sentenza nella occasione dello avere enunciato il principio del perdersi il possesso per destinazione dell'animo. Perchè ciò, mentre qui concorrono insieme animo e corpo alla perdita? Perchè nelle perdite di possesso *animo et corpore* l'animo è il prevalente, mentre esso informa l'atto corporale e lo fa diretto e concorrente alla perdita del possesso, siccome esponemmo sulla *l. 44*, *§ 2*, *h. t.* nei § 288,290. L'animo poi prende il carattere dall'assunta causa della consegna.

§ 295.

Alla tradizione, se per essa si perda possesso, spetta la disputa sulla *l. 18 § 1, h. t.* di Celso, e sulla *l. 34, pr. cod.* di Ulpiano. Se la tradizione abbia tali vizi che per essa l'accipiente non acquisti il possesso, sarà il possesso perduto al dante? Ossia v' è o no nella consegna la tacita condizione

che non si perda possesso all'uno se non si acquisti all'altro? Celso fa il caso di te che consegnasti ad un furioso « sanae mentis existimans eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus. » Il furioso non acquistò il possesso per mancanza d'animo; ma Celso dice che tu lo hai perduto « Illud enim ridiculum est, dicere, quod non aliter vult dimittere quam si transferat. » Per converso Ulpiano fa la specie di te che mi ponesti nel possesso del fondo corneliano mentre io vi entrava credendo di andare nel fondo semproniano. L'errore era *error in corpore*, non ne' nomi soltanto: io non acquisto possesso (civile, § 239). Segue Ulp. « Quoniam autem (posto che) corpore non consenserimus [1] » pure può questionarsi sulla perdita tua « an a te tamen recedet possessio. » Prende la ragione di dubitare dal principio riportato da Celso e da Marcello, che coll'animo si possa perdere e cangiare il possesso. Ossia tu recedesti dal fondo, che consegnavi, coll'animo di perdere il possesso; dunque sembra il possesso perduto per te. Allora Ulpiano soggiunge immediatamente col difficile inciso « et si animo adquiri potest, numquid etiam adquisita est?: » com'è che egli torna sulla questione dell'acquisto che era già chiaramente spianata? E finisce colla decisione ancor piu difficile « Sed non puto errantem acquirere, *ergo* nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit a possessione. » Dal non essere acquistato per me conchiude al non essere per te perduto: sembra apertamente ammettere quella stessa condizione che Celso diceva ridicola — L'antica scuola degl'interpreti nulla di sodo seppe proferire su' questo proposito. Vi fu chi nel caso d'Ulpiano credette essere stata espressa la condizione di non perdere se l'altro non acquistasse: basta, per confutare, il « quodammodo » d'Ulpiano. Altri sostenne che nel caso di Ulpiano vi fu almeno l'animo per la condizione, men-

---

[1] La fiorentina legge « quoniam in corpore consenserimus »: ma gli scrittori consentono ad altri molti esemplari che hanno la negazione. Anche ne' basilici si ha «... οὐ κτῶμαι νομήν. ἕτερον, εἰ περὶ τό ὄνομα, οὐ μὴν περὶ τὸ σῶμα γέγονεν ἡ πλάνη » *L. 2, 33, Heimb. V, 52.*

tre nel caso di Celso non v'era nè l'animo nè la parola: ma le istesse considerazioni, che indotto avrebbero Ulpiano a riconoscere quell'animo, avrebbero dovuto indurre a riconoscerlo anche Celso. Altri distinse le cose mobili dalle immobili; senza ragione di differenza. Cujacio *VIII*, *283*, *A*, osserva brevissimamente, che nel caso di Ulp. constava della voluta condizione: Se il possesso si trasferisse nell'accipiente; mentre in quello di Celso la cosa fu puramente dimessa, perchè il tradente credeva di dare ad un uomo sano di mente. Ma anche nel caso d'Ulpiano il tradente credeva che niun sostanziale errore intercedesse e che l'accipiente acquistasse il possesso. I recenti sogliono riconoscere contradizione fra i due testi; e disputano di chi sia la ragione e di chi il torto fra i due giureconsulti. Brinz *Pand.* *§ 28*, Randa *§ 22*, *no. 9*, ed altri stanno per Celso, benchè la sua sentenza giudichino meno utile. Windscheid *§ 156*, *no. 10*, ed altri tengono per Ulpiano, e ne dicono l'opinione apertamente più giusta (« offenbar die wichtigere ») — Tentiamo una composizione del nostro. Principiamo da Celso. Consegnasti ad un furioso la cosa sulla quale non erravi. La tradizione è inefficace all'acquisto per il furioso. E se fosse vero quel che Windscheid sostiene, che le volontà stanno da ambedue le parti in individuo assoluto legame (« Verbindung »), bisognerebbe conchiudere con esso che neppur tu hai perduto. Ma questo effato è falso, se troppo ampiamente s'intenda. Certo che ambedue le volontà esser debbono collegate onde l'accipiente possa acquistare; perchè il tradente non può efficacemente volere che lo accipiente acquisti se non sia in pronto simile volontà di questo. Ma onde il dante perda, non si richiede che la volontà di questo; giacchè coll'animo nostro, senza concorrenza d'animo altrui, perdiamo i possessi. E per questo principio di Celso, che è anche ricordato da Ulpiano, esso Celso, proposto quel caso, dice che tu perdi il possesso. Appunto perchè in esso caso tu volesti perderlo; cessasti d'aver l'animo di possedere quella cosa, benchè fossi in errore: e il possesso, cosa di fatto, non sta coll'animo ad esso opposto. Nè si può sussumere, che l'animo non era puro ma condi-

zionale: Se l'altro acquisti. Bene Celso dice esser ciò falso e ridicolo. Tu non pensavi del furore dell'accipiente; la volontà non si dirige all'ignoto; non volesti alcuna condizione; « existimas te transferre, » ed in questa ferma credenza non puoi avere che un animo risoluto di perdere il possesso. Nè tampoco potrebbe dirsi, che quantunque tu non abbia animo vero per la condizione, sia pur questo presunto dal diritto civile. Poichè le presunzioni di condizioni si verificano solo ne' punti sostanziali degli atti; ma la *causa volendi* non è punto sostanziale nè nelle obbligazioni nè nei testamenti nè nei dominii nè in altri articoli (cf. il mio lib. *De oblig. pag.* 7: *seg.*) Che tu volessi perdere per la causa che credevi che l'altro acquistasse, non è cosa sostanziale. Per queste ragioni Paolo nella *l. 1*, *§ 4*, *h. t.*, immaginata la ipotesi di possesso non acquistato al conjuge donatario, dice che non ostante il conjuge donante perderebbe il possesso perchè « noluit possidere. » E nella *d. l. 1*, *§ 20*, immaginando di nuovo la ipotesi di possesso non acquistato al mandante al pupillo al minore per mezzo del procuratore del tutore del curatore, di nuovo afferma che il tradente perderebbe il possesso « quoniam cesserit possessionem. » [1] — Facciamo ora un'altra specie. Tu pensavi di consegnare il fondo corneliano, io pensavo di prendere il fondo semproniano. Forse i fondi eran prossimi, e ciò diè luogo all'equivoco. Mi consegnasti il corneliano. Anche qui non acquisto il possesso, siccome nella specie di Celso, per causa dell'errore *in corpore*. Forse che tu lo perdi? Tornano simili riflessioni. Come nel caso di Celso, la tua perdita è indipendente dall'acquisto mio. Tu avesti l'animo di perdere il possesso; e lo avesti puro e semplice; dappoichè ancor qui certamente non pensavi dell'errore ed « existimabas te transferre. » Dallo aver supposto che questa appunto

[1] Diversamente nel caso della *l. 18, pr. de vi* (cf. *l. 12, eod.*), dove il venditore sapeva che il compratore non acquistava immediatamente il possesso, e perciò non voleva esso perderlo subito onde non vacasse. Quindi Papiniano dice « neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori. »

sia la specie di Ulpiano, sono nati presso gli scrittori gl'insuperabili ostacoli per la spiegazione. Ma è mio avviso, che ben diversa sia la specie realmente trattata da questo giureconsulto; vale a dire la seguente. Pensavamo e io di prendere e tu di dare il fondo semproniano. Ingannati per avventura dalla vicinanza de' fondi o da altro motivo, ci recammo sul fondo corneliano e fu fatta fra noi consegna di questo. Tale specie differisce dai casi superiormente trattati; in quanto che in essi il tradente non errava nell'oggetto della tradizione, e consegnava il fondo corneliano mentre di questo appunto pensava e voleva; mentre qui il tradente errava sull'oggetto insieme allo accipiente. Non conviene travedere sulle parole di Ulpiano « ego (accipiente) putarem me in fundum sempronianum missum, et in cornelianum iero » quasi che dunque l'errore fosse dell'accipiente soltanto. La conchiusione non sarebbe logica, giacchè l'errore mio non esclude l'errore tuo. Anzi Ulp. apertamente soggiunge « nisi forte in nomine tantum *erraverimus*, in corpore consenserimus » indicando manifestamente essere il suo trattato sull'errore di ambedue. Ora quale esser deve in questa ultima specie la decisione di dritto? Ancor qui io non acquisto il possesso del corneliano a causa dell'errore *in corpore*. Perdi tu il possesso del medesimo? Ulpiano nega nel nostro frammento, che ora dichiareremo. Dopo fatta la specie, Ulp. entra in disputa nel *vers. Quoniam*. E quell'istessa ragione di dubitare che noi stiamo esaminando, basata sul testo di Celso nella *l. 18*, Ulpiano la fa sulla regola di esso Celso sulla quale essa *l. 18* è basata; perdersi cioè il possesso col solo animo del possessore, indipendentemente dalla validità dell'acquisto nell'accipiente. Poscia con quell'inciso « et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? » il giureconsulto prepara (come suol farsi dai destri ragionatori) la risposta alla ragione di dubitare collo esagerarla. Significa; se riteniamo che il tradente voglia perdere assolutamente il possesso, senza fare alcuna distinzione di errori ne' quali esso sia potuto cadere, e perchè non diciamo che anche l'accipiente vuol acquistare assolutamente, non fatta considera-

zione veruna di errori? Perchè non sosteniamo così nel caso il mio acquisto ancora? Ma soggiunge, non doversi decidere in questa maniera; e che piuttosto nel caso manca come il mio acquisto così pure la perdita tua per la ragione dello errore sostanziale. Imperocchè nella specie il tradente non avea semplicemente errato, come nel caso della *l. 18*, col credere che lo accipiente volesse ed acquistasse. Ma sbagliò in questo, e sbagliò inoltre nel corpo della cosa consegnata, dando il fondo corneliano invece del semproniano. Il primo errore, se fosse solo, non toglierebbe che esso perda il possesso della cosa consegnata; perchè, quantunque ingannato, pure avrebbe cessato di voler possedere quella cosa stessa che ei consegna. ed il possesso, cosa di fatto, è impossibile che si trovi in chi piu non lo vuole. Ma il secondo errore è quello che impedisce la perdita di possesso sul fondo consegnato; perchè il tradente non cessò dal voler possedere quel fondo stesso che consegnava, mentre nel consegnarlo non pensava di esso ma di un altro che non consegnava. Stabiliti questi punti che sembrano in pieno accordo colla ragione e coi principii di dritto, non è ormai difficile il comprendere il raziocinio espresso da Ulpiano. Appena esposta quella esagerazione della ragione di dubitare che abbiamo spiegato, il giureconsulto dice « Sed non puto errantem acquirere, ergo nec amittere (il tradente) possessionem. » Non significa, che la conservazione del possesso nel tradente sia per regola generale conseguenza del mancato acquisto di esso possesso nell'accipiente, che sarebbe falso. Ma che nella sua specie è precisamente lo stesso errore, che come vizia per se l'acquisto così anche per se impedisce la perdita. Cioè l'errore *in corpore*: al quale se diamo tanto da guastare l'acquisto in cui cade, dobbiamo pure per eguaglianza di peso dar tanto da distogliere la perdita, nella quale del pari cada direttamente. Finalmente Ulpiano riconosce una certa condizione nel recedere dal possesso « qui (il tradente) quodammodo sub conditione recessit de possessione. » Vale a dire che alla perdita del possesso è inerente la condizione dell'assenza di errori sostanziali nell'atto, frai quali v'è l'errore sul *corpus* del-

l'obietto dell'atto stesso *(De obligationib. pag. 74)*; ossia nel nostro caso l'assenza d'errore *in corpore* sull'oggetto dell'atto di dimissione di possesso. Questa condizione non la fa una vera apposita volontà del tradente che affatto non pensava all'errore; ma la fa il dritto civile. È una *conditio juris*, una *conditio quae inest*, impropria condizione; onde il « quodammodo » di Ulpiano. [3]

§ 296.

Quanto alla perdita *animo* nulla è da soggiungere sulle sue speci; una sola essendone la forma, cioè la dichiarazione d'animo contrario secondo le cose esposte di sopra. Passiamo al trattato specifico sulla perdita *corpore*, ossia per la cessazione di quella disponibilità, che è nella ritenzione del possesso supplemento necessario del corpo. Esempi vanno trattati e sulle mobili cose e sulle immobili. — Esempi sui mobili ci dà la *l. 3*, *§ 13*, *h. t.*: perdersi il possesso « Si pecus aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur. » Tratta di vera aberrazione, di vero smarrimento; così che il rinvenimento non sia solito in maniera da potersi presumere pel ritoccare, posta la volontà. Non bene il Cujacio *VIII*, *262 A*, stabilisce la ragione del citato frammento in questo, che il possessore abbia cessato dall'animo di possedere, non potendo egli voler possedere ciò che non può rinvenire. Imperocchè in quelli eventi il possesso si perde per se ed immediatamente, anche prima della conoscenza avutane dal possessore. Di quelli esempi o di simili intendi Pomponio *l. 25*, *pr. h. t.*

---

[3] Nel caso d'Ulp. si conserva anche al tradente la disponibilità, nè per quest'altro capo gli accade di perdere il possesso. Quella disponibilità, che vedemmo (§ 286) necessaria alla conservazione del possesso, non è turbata dalla presenza dell'accipiente nel fondo; poichè non si deve dire, che perciò sia esclusa la presunzione del ritorno del tradente dopo che l'avrà voluto. Mentre anzi è da presumere assolutamente (come, ed anche più che nel caso della *l. 6*, *§ 1*, *h. t.*,) che l'accipiente appena ammonito dell'errore gli cederà il possesso del fondo stesso. Ved. Bruns *Besitzklag.* *pag. 136, segg, e pag. 146.*

« Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit: desinimus possidere. » — Altri esempi nella *d. l. 3*, *§ 11*. Non posso essere in possesso d'una bestia fiera che vada vagando in una selva benchè circoscritta da siepe, nè de' pesci che si trovano in uno stagno: giacchè l'ampiezza del recinto e la natural fierezza ed agilità degli animali porta, che spesso tentando anche e ritentando di pigliarli pur ci sfuggano sempre; non si può dire il ritoccare tanto solito da presumerlo. E ciò appunto significa Paolo « quoniam relictae sint in libertate naturali: » ed aggiunge un argomento *ab absurdis* « alioquin (se cioè non si volesse pensare alla libertà naturale in cui le bestie furono lasciate, ed alla conseguente loro facilità di sfuggire) etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere: quod falsum est. » — Del pari si perde il possesso delle pietre o altri oggetti gravi, quando cadano nel Tevere, *l. 13*, *pr. h. t.* Ulp. Perchè o la piccolezza della cosa caduta o la sua troppa gravità, e le torbide (più che bionde) acque tiberine, rendono tanto probabile il non ritrovare, che non si può presumere pel ritrovare.

§ 297.

Altrettanto deve dirsi delle cose che vengano gittate in mare per sollevare la nave. Benchè nè di queste cose nè delle pietre, delle quali parlavamo or ora, si perda la proprietà. *l. 9*, *§ 8*, *de a. r. d.*, *d. l. 13*, *pr. h. t.* Sembra però fare ostacolo assai grave ciò che si legge sulle cose cadute nell'acqua in naufragio nella *l. 3*, *pr. de incend. ruin. naufr.*, e sulle cose gittate in mare in *d. l. 9*, *§ 8*, » si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit. furtum committit; » tesi ripetuta anche in altri testi. Ma Ulpiano nella nota *l. 1*, *§ 15*, *si is qui testam. lib.* si esprime « Scaevola ait, possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi [1] etc. » Aggiungasi la *l. 1*, *vers. praesertim.*, *de*

[1] Nell'eredità non si concepisce atto nè di corpo nè di animo.

distr. pignor. dove si nega l'esistenza del furto per la ragione che possesso non fu presso il danneggiato. — Se non che questi due frammenti non significano che furto non possa accadere senza perdita di possesso nell'offeso: lo che sarebbe falso. Certo che se ad alcuno, che possieda una cosa mobile, un altro faccia frode su essa cosa intera con animo di lucrare, la perdita del possesso va necessariamente unita col furto; non furto esiste senza la perdita del possesso [2], nè perdita di possesso senza furto; siccome ragiona Paolo *l. 3, § 18, vers. sed si eam, h. t.*, dove appunto dal non esser furto argomenta al non esser perduto possesso. [3] Ma ben diverso sarebbe quel dire che furto non possa commettersi che contro chi possiede, ossia non senza perdita del possesso, che, come dissi, non è punto vero. Non solo perchè i nostri casi delle cose cadute in naufragio ecc. rimarrebbero inesplicabili; ma anche perchè i proculiani riconoscevano furto nella clandestina occupazione dell'altrui fondo (§ 332), eppure così non si perde al padrone il possesso tanto secondo i sabiniani che secondo i proculiani medesimi (§ 155). E perchè nella *l. 17, § 5, de praescr. verb.* Ulpiano nel negare ad un tale l'azione di furto rende la ragione del non avere esso avuto nè possesso nè dominio: ragione che ritrovasi in Papiniano *l. 80, § 7, de furt.* Onde è chiaro che all'esistenza del furto basta che il danneggiato abbia il dominio, e non è d'uopo che sia tolto possesso. Vedremo in seguito esempi di azione di furto data a colui che non fece perdita di possesso: altri esempi sono nella *l. 5, § 6, de a. r. d.*, *§ 16, I. de rer. divis.* [4] — Cosa adunque significa quella regola di Scevola nella *cit. l. 1, § 15, si is qui test. lib.?* Credo che essa valga soltanto nella sottrazione di cose ereditarie,

---

[2] Anche a ciò si trova fatta eccezione. Una disposizione del tutto anomala è nel caso del furto fatto dal servo al padrone (§ 307).

[3] La cosa almeno va così quando corre fra due persone. Moltiplicate le persone, può concepirsi caso che, facendo alcuno per animo di lucro frode sulla cosa mobile da me posseduta, si verifichi in me la perdita del possesso, eppure non abbia luogo il furto; cf. *l. 43, § 2, princ., de furt.*

[4] La perdita di possesso ivi trattata è simile all'aberrazione della *l. 3, § 13.*

della quale tratta il giureconsulto. Ciò deve essere esattamente dimostrato. In massima parte questa regola si collega colla teoria della *usucapio pro herede* e colle sue ragioni. Benchè sulla usucapione *pro herede* abbiamo nel trattato un posto speciale (§ 541 segg.), pure è qui necessario ricordarne bene le ragioni. Gajo *II*, *55*, ci dice che il motivo dello essere stata introdotta dagli antichi era stato, affinchè le eredità fossero più sollecitamente adite onde ci fosse chi amministrasse i *sacra* de' quali somma era a que' tempi l' osservanza ed i creditori avessero da chi ottenere lo aver loro. Però (e ciò è importantissimo per la nostra indagine) non credo che questa esposizione di Gajo sia piena assolutamente. In genere, che Gajo non abbia enunciato tutti i motivi dell' introdotta usucapione *pro herede* ma solo (come ad elementar libro conveniva) il più chiaro; risulta da ciò, che a quel tempo, in cui nelle successioni intestate non v'era tempo fissato per l'adizione, un'altra ragione fu certamente l' impedire la perpetua incertezza di uno che adisse di veder forse venir fuori un prossimiore od anche il fisco nell'astensione di esso.[5] Dopo che non più lo *jus hereditarium* ma solo le *res hereditariae* cominciarono a potersi usucapire;[6] quanto all'onere dei *sacra*, fu esso contemporaneamente mutato in modo da gravare coloro che non essendo *heredes* però avessero le *res hereditariae*.[7] Ma certamente veniva a mancare a quella usucapione l'altra ragione importantissima sui creditori, ai quali l'usucattore non risultava più tenuto: importantissima, ripeto, perchè la ragione dei *sacra* era già da molto tempo divenuta insufficiente dacchè la loro osservanza erasi indebolita. Ecco confermata la necessità di assegnare altre ragioni. Non basta. Troviamo non raramente

---

[5] Giacchè allora non v' era neppure la successione nei gradi e negli ordini. Anche LEIST *Die bon. poss. I*, diffusamente segnala questo motivo dell'origine della usucapione *pro herede*. Altri ancora hanno notato la insufficienza del motivo di Gajo. Ved. HASSE *Rhein. Mus. I, pag. 193*, HUSCHKE *Zeitschr. f. g. RW. XIV, pag. 204, segg.*

[6] La necessità di tale cangiamento è spiegata al § 458.

[7] Lo sappiamo da CICERONE, che riferisce essere stati per autorità dei pontefici congiunti i *sacra cum pecunia*. Vedi d. § 458.

ammessa la usucapione *pro herede* anche dopo presa dall'erede la qualità ereditaria. Eppure questo avvenimento bastava per provvedere ai creditori che ormai contro esso erede potevano rivolgersi: bastava anche pei *sacra*, ai quali era tenuto l'erede appena avesse così assunta la rappresentanza del defunto. [8] Ecco è ammessa l'usucapione *pro herede* se esista un erede necessario ossia un servo, *Gaj. II 58, III, 201.* [9] Altri casi

---

[8] CICER. *de legib. II, 19,* « Heredum causa justissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigravit, propius accedat. »

[9] Non veggo la ragione dell'opinione molto diffusa in Germania, che qui si trovi una eccezione introdotta dal senatusconsulto fatto per autorità di Adriano, in pregiudizio degli eredi necessari. Ossia che mentre esso senatusconsulto ordinava, che l'usucattore *pro herede* fosse tenuto colla H. P. verso il vero erede, avesse poi eccepito a danno de' suddetti eredi necessari. In Francia hanno tenuto la stessa opinione ÉTIENNE *Instit. de Justin. I, p. 286, n. 3,* e DE FRESQUET *Traité élément. de droit rom. 1, pag. 250.* — Non è tale opinione provata da ciò, che Gajo congiunga il detto *§ 58* al precedente *57* (in cui parlava di quel senatusconsulto) per mezzo delle parole « Et... tamen. » Gajo dopo avere nel *§ 57* esposta la diminuzione che la usucapione *pro herede* aveva subìto dal senatusconsulto, passa a ricordare nel *§ 58* una estensione della medesima, che era stata sempre in vigore benchè diminuita quindi pur essa dal senatusconsulto medesimo. Che cioè la detta usucapione avesse luogo anche nella presenza d'un erede necessario. L'antitesi della estensione e della diminuzione persuase ottimamente quell' « Et tamen. » — Del resto da questa ammissione della usucapione *pro herede* nella esistenza dell'erede necessario s'intende ottimamente la *l. 2, C. de usucap. pro her.* « Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit. » Questo testo appartiene certamente alla usucapione *pro herede* (vedi § 549, dove parimenti proveremo che non è da riferirsi al senatusconsulto sotto Adriano). Bene osservano HUSCHKE *Zeitschr. XIV, p. 167, segg.,* MACHELARD *Interd. pag. 80, seg.* ed altri, esser stata fra gli antichi giureconsulti disputa sull'ammettere affatto l'usucapione *pro herede* quando esistesse un *suus heres* o un *heres* solamente *necessarius*. La ragion di dubitare era appunto nella esistenza dell'erede. Ma quanto al secondo, *placuit* (parola di Gajo *III, 201,* che esprime sentenza ricevuta per *disputatio fori,* e non determinazione di senatusconsulto) l'affermativa; e la ragione quale sia secondo me, esporrò fra poco. Quanto al primo, *magis obtinuit (d. l. 2, C.)* la negativa. Troppo duro sembrò lo ammettere la usucapione *pro herede,* per la natura del *suus heres* e per quella certa proprietà che esso ha anche vivente l'autore, onde neppur sembra essere eredità « In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut

troviamo ancora, i quali accennano pure a quell'altra ragione, che, oltre le indicate da Gajo, noi andiamo cercando. Vale a dire la stessa usucapione è ammessa anche dopo l'adizione, prima però che gli eredi abbian preso il possesso, *Gaj. II*, 52; *III, 201*. Come per conversó è negata sulle cose che i veri eredi abbiano già posseduto, Pomp. *l. 29*, *de usurp. et usuc.* « quia nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est... possessio veri heredis obstabit tibi. »[10] È ormai evidente la insufficienza della ragione di Gajo *§ 55* « quod voluerunt veteres maturius *hereditates adiri*, ut essent qui sacra etc. » Ora perchè mai la usucapione *pro herede* ha luogo finchè il vero erede non entri nel possesso?[11] Perchè i romani non vollero che i beni vacassero di possessore, siccome abbiamo ripetutamente osservato ed osserveremo ancora. Adesso riaccostandoci alla nostra indagine possiamo stabilire, che in genere non si commette furto sulle cose ereditarie, delle quali non abbia l'erede preso possesso, per ragioni del tutto singolari. In massima parte per la stessa usucapione *pro herede*. Imperocchè non può esister furto, che è delitto *lucrifaciendi causa*, dove è ammessa quella usucapione *lucrativa* (*Gaj. II. 56*), non può esistere furto dove pure è luogo a quella usucapione priva di giusta causa e coll'animo *lucrifaciendi*, perchè le cose furtive non possono essere usucapite.[12] Questo raziocinio tro-

nulla videatur hereditas fuisse » *l. 11, de lib. et post.* Paolo. Così STINTZING *Das Wesen von bona fides und titulus, p. 30*. Meglio di HUSCHKE *loc. cit.*. il quale dà la ragione, che nel caso del *suus heres* il patrimonio del defunto non fosse stato in alcun momento una *hereditas*; giacchè per finzione della giurisprudenza altrettanto avrebbe a dirsi del caso dell'*heres necessarius*.

[10] Su questo framm. vedi anche § 379, n. 1, 548.

[11] LEIST *pag. 29,* dice perchè l'erede che adì senza entrare in possesso, non sembra aver agito seriamente. Non era dunque seria abbastanza l'*aditio*, la *cretio*? Non ne risultava l'erede obbligato ai *sacra* e ai creditori?

[12] La riflessione, che il negato furto sulle cose ereditarie vada unita colla concessa usucapione, è dopo WÄCHTER *Lehrb. des Straf Rs. II*, *pag.* 330, assai comune. STINTZING *pag. 24, seg.* la combatte, ma mi pare poco profondamente. Il difetto dell'opinione di WÄCHTER è di essersi arrestato lì, e non aver opportunamente considerato i casi ne' quali la usucapione *pro herede* non è ammessa benchè neppure sia riconosciuto il furto.

vasi in *Gaj. III, 201*, «... rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres nondum nactus possessionem... est: » si unisce nelle cose ereditarie l'usucapione e la negazione del furto; come pur dopo l'adizione, se l'erede non ha ancora posseduto, è concessa l'usucapione *pro herede*, così nelle stesse circostanze il furto cessa.[13] Aggiungiamo, che se talvolta l'usucapione non può esser fatta per qualche circostanza delle cose ereditarie; pure il furto non è riconosciuto, ossia sono negate le azioni del furto, allorquando il possesso ancora era stato lasciato vuoto dall'erede vero. Perchè sempre interessava lo spinger l'erede a prendere il possesso; e vi era spinto col negargli le azioni del furto ogni qual volta non avesse preceduto il suo possesso, ogni qual volta egli avesse lasciato vacua la cosa. Veniva compulso a terminare lo stato odioso di vacanza, se non coll'ammissione dell' usucapione impedita da quelle supposte circostanze, almeno col conservare la negazione del furto. Così s' intende la ragione di dubitare e la ragione di decidere nella *l. 6*, *expil. hered.* Nerazio (o Labeone?) avea scritto che furto si commette sulla cosa ereditaria da colui che la prese di soppiatto ignorando che essa si trovasse in quello stato; questo per la ragione che, mancandogli l'animo di usucapir cosa ereditaria, egli non può usucapire *pro herede.* Ma Paolo corregge « Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domina est: et nihil mutat existimatio subripientis. » Appunto perchè quantunque non sia luogo alla usucapione *pro herede*, pur sempre restava che l'erede non aveva preso il possesso, e che perciò negare gli si dovevano le azioni del furto.[14] Dalle cose esposte si spiega la generale

---

[13] Bene Gajo *loc. cit.* « usucapere *concessum est, nec creditur* furtum fieri: » indica, che parlando secondo le regole generali, non sarebbe concessa l'usucapione, e sarebbe furto; che solo per ragioni speciali si ritiene il contrario. Tutto d'accordo colla nostra esposizione.

[14] Si osservi l' inciso « sicut nec ejus, quae sine domina est. » Non che veramente l'eredità non conservi il dominio. Perchè, quantunque guardando la nuda verità delle cose (qual' è che manca ogni persona, ogni uomo, subietto del dritto) le cose ereditarie sembrino essere ne' beni di nessuno

definizione di Paolo *II*, *31*, *11*. « Rei hereditariae, antequam ab herede possideantur, furtum fieri non potest, » e di Ulpiano *l. 2*, *§ 1*, *expil. hered.* »... quo casu furti agi non potest: scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam, antequam res ab herede possessae sunt; nam in hunc casum furti actionem non competere palam est. » — Che se furto di cosa ereditaria non è riconosciuto, ossia non si danno le azioni del furto all'erede, ogni volta che ha luogo l'usucapione *pro herede* o almeno che l'erede ha soprasseduto dal prendere il possesso (evento che entrava anche come ragione nella teoria della usucapione *pro herede*); è riconosciuto, laddove e l'uno e l'altro non avvenga. Poniamo che l'erede non abbia vera-

l. 1, *pr. de divis. rer.*, *l. 13*, *§ 5*, *quod vi*; pure per operazione della scienza le cose che sono di dritto in genere vengono conservate, anzi anche acquistate all'eredità *ex persona defuncti*, e ad intuito dell'erede futuro (onde l'eredità si dice rappresentar l'erede *l. 24*, *de novat.*). Nella eredità si riguarda una persona giuridica *l. 22*, *de fidejus.*, e si dice di essa che è padrona, che tien luogo di padrona, che tien luogo del defunto *l. 31*, *§ 1*, *de her. inst.*, *l. 34*, *de a. r. d.*, *d. l. 13*, *§ 5*, *quod vi*, *§ 2*, *I. de her. inst.* Diversamente nelle cose di fatto, le quali supponendo necessariamente l'atto e la volontà reale dell'uomo, non sono riconosciute nell'eredità; perciò non il possesso *d. l. 1*, *§ 15*, *si is qui test. lib.* Presso Paolo è una semplice comparazione: Nella eredità non si commette il furto se non vi sia il solito suo possessore (ossia finchè l'erede non ha principiato a possedere, perchè possesso nell'eredità stessa non si concepisce), come non si commette furto in una cosa qualunque se non vi sia un proprietario *l. 43*, *§ 5*, *de furt.* — Dalle cose dette s'intende perchè io non divida l'opinione di CUJACIO *in lib. XXII*, *Dig. Jul. ad l. 40*, *de noxal. act.*, che il principio *furtum hereditati non fieri*, dipenda dalla massima che le cose ereditarie siano *nullius*, e furto non si fa se non vi sia proprietario. Basterebbe il riflettere che *non fit furtum* nemmeno dopo adìto, prima del preso possesso, quando pur certo quelle cose non erano più, sotto alcun rapporto *nullius*. Non meglio STINTZING *pag. 26*, *segg.* modificando Cujacio dice, che le cose ereditarie sarebbero per loro stesse *nullius*; e benchè la scienza non le abbia ritenute tali fingendo nell'eredità un subietto di dritto, pure non piacque che si dichiarasse per furto un'offesa di questo subietto finto. Torna che non è spiegato perchè dopo l'adizione prima della presa di possesso neppure sia il furto riconosciuto. Inoltre se non era conveniente scorgere delitti a carico di persona finta, perchè riconoscer quello *expilatae hereditatis* (§ 547)?

mente preso il possesso, anzi che neppure abbia adito; ma che vi sia un altro, un creditore pignoratizio un comodatario un usufruttuario di cosa ereditaria, il quale in qualche modo la possegga. Sottratta da un terzo la cosa stessa, è furto, e l'azione di furto è data tanto a quel creditore ecc. quanto anche all'erede poscia esistente [15], *l. 68*, *l. 69*, *l. 70*, *de furt.*, *l. 35, in fi. de usurp. et usuc.* Perchè non poteva esser luogo alla usucapione *pro herede*, vacuo non essendo il possesso (e ciò, come il principale, viene espressamente notato ne' testi), ed appunto per la cessante vacuità non poteva essere ripreso l'erede d'avere abbandonato vuoto il possesso. Anche se esista persona alla quale nel testamento di colui, sulla eredità del quale si tratta, fosse lasciato l'usufrutto di una cosa *per vindicationem;* benchè nè essa persona nè l'erede siano tuttora in possesso, pure, sottratta la cosa, si dà a quella persona l'azione di furto, perchè *ejus interest*, e non si può punire in essa la tardanza a prender possesso; mentre ciò si fa solo quanto all'erede che rapporto alla eredità ha i massimi doveri. Qui però non è alle azioni del furto ammesso l'erede. Perchè quantunque la cosa, che in qualche rispetto (verso l'usufruttuario) è furtiva, non possa perciò essere usucapita *pro herede*, però rimaneva che l'erede era nella descritta colpa *d. l. 35*, *de usurp. et usuc.* [16] Non dissimile la *l. 14*, *§ 14*, *de furt.* di Ulpiano. Tizio diè in comodato a Gajo; Gajo muore; l'erede non piglia possesso, anzi non adisce; la cosa viene sottratta. L'azione di furto non si dà all'erede di Gajo, [17] perchè torna la punita colpa dell'erede di aver lasciato vacuo il possesso dell' eredità, delle cose ereditarie ed altre

[15] Benchè possesso ad esso non fosse stato tolto. Nuovo esempio della teoria da noi esposta di sopra.

[16] Cujacio, che mancava di documenti necessari allo sviluppo della presente indagine, ha dato ai testi ultimamente invocati varie interpretazioni in diversi punti delle sue opere. Però il dottissimo scrittore sospetta *X, 568, C.* che in genere il furto non avvenga soltanto a carico del possessore.

[17] Quantunque l'*actio furti* si dia in genere al comodatario e suo erede quando abbia interesse che il furto non sia avvenuto.

relative; quantunque l'usucapione non sarebbe ammessa; perchè la cosa è furtiva e si danno le azioni del furto al padrone comodante, in cui la descritta colpa non si rinviene. — Così intendiamo ormai la regola di Scevola nella *l. 1*, *§ 15, si is qui test. lib.* Dice Scevola che furto si fa di possesso; nega esser furto dove non vi fu possessore. Ossia nell'eredità secondo le cose esposte; e perciò il giureconsulto soggiunge precisamente « Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. » Se l'eredità possedesse per se, la regola non sarebbe stata così introdotta. Ma appunto perchè l'eredità non possiede da per se, ma da per se vaca, lo che è odioso, la regola vale nella sua ampiezza, e si negano le azioni del furto all'erede ogni qual volta si trovi in esso la tardanza nel non aver fatto cessare quell'odioso stato, non abbia preso possesso. Ecco perchè la regola, mentre spesso si trova applicata all'eredità (*d. l. 35, de usurp. et usuc.*, *d. l. 14*, *§ 14*, *de furt.*, *Paul. II*, *31*, *11*). non si vede mai fuori di essa enunciata. Nè fa ostacolo l'altro testo, che ci opponemmo, nella *l. 1, vers. praesertim*, *de distr. pignor.* Papiniano nega l'azione di furto al primo creditore contro il secondo che abbia venduto gli obbligati beni prima della dimissione di quello, data la ragione « alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. » Ma solo perchè a carico del creditore in genere non si poteva concepire altro furto se non *possessionis* (§ 41, n. 3); non *rei* mancando nel creditore il dominio; non *usus* non essendo il dritto di usare indotto dalla stessa forza del pegno. [18] Ora il creditore ipotecario neppure possiede (§ 122); quindi la conchiusione di Papiniano. [19]

§ 298.

Pertanto è chiarita la difficoltà che tanto seriamente si presentava; la *l. 1*, *§ 15*, *si is qui test. lib.*, combinata colle

---

[18] Vedi § 41. Add. WINDSCHEID *§ 452, n. 10.*

[19] Sul furto in ragione del possesso vedi pure § 308, n. 2. Ci torneremo anche trattando la questione se la mutazione d'animo di chi possiede per noi ci faccia perdere il possesso.

l. 9, § 8, de a. r. d. e *l. 3, pr. de inc. ruin. naufr.*, non fa più ostacolo a riconoscere perdita del possesso sulle cose cadute nelle acque o gittate in mare. Abbiamo così allegato ed esaminato gli esempi di possesso estinto *corpore* in cose mobili. — Passiamo agli esempi nelle cose immobili. Cessiamo di possedere un fondo che il mare o il fiume abbia occupato, secondo le *l. 3, § 17, l. 30, § 3, h. t.* Bene Windscheid *§ 156, n. 3*, ed altri interpretano di occupazione che si presenti per causa permanente (« bleibende ») o, come volentieri direi valendomi d'espressione romana, *ex causa perpetua:* perchè (spiegando secondo le nostre vedute) altrimenti sarebbe impedimento di sua natura, quand'anche non momentaneo, pur transitorio, e dovrebbe presumersi che il possessore ritornerà ad operare sul fondo. Oppone Jhering *pag. 130, not.* che i testi non distinguono; immemore che spesso interpretando limitiamo i testi; e non considerando che l'*occupare* di quei frammenti indica già da per se una causa stabile. — Altro esempio ben noto della perdita del possesso sul fondo è se alcuno, usata forza contro lo stesso possessore o chi teneva per lui, entri nel fondo stesso. Dappoichè lo stato della cosa è ridotto a tale, che non può presumersi il ritorno del discacciato. Ond'è che nell'ipotesi che l'espulso fosse un servo, un procuratore, un colono nostro, noi perdiamo il possesso ancor prima di conoscere tale avvenimento, *l. 1, § 22, de vi.* — Sembra fare ostacolo la *l. 17, pr. h. t.* Ulp. « Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat. » Fu una congettura di Cujacio *ad d. l. 17, VII, 280, E*, che Ulpiano spetti alla eccezione che viene opposta nell'interdetto *uti possidetis* dall'avversario il quale fosse stato dal promovente discacciato. La persona attaccata nel suo possesso esperimenta l'*uti possid.*, interdetto *retinendae;* vince se l'avversario non provi che essa persona avea posseduto *vi, clam, precario* da se stesso: se l'avversario provi di aver subito tal violenza, il possesso viene ad esso trasferito. Ciò sarebbe detto da Ulpiano. Ma vedremo § 692, segg. essere falso che l'interdetto *retinendae* abbia nel suo esito questa

traslazione di possesso nella ipotesi presente. Un'altra congettura proposta da Cujacio stesso, e riportata da Savigny *pag. 155, n. 5*, è che il frammento di Ulpiano appartenga alla H. P., nella quale colui che ha l'*unde vi* viene riguardato come se possedesse *l. 16*, *§ 4*, *de H. P.* Ma allora Ulpiano avrebbe data la stessa ragione che è allegata in *d. l. 16*, *§ 4*, « quasi a juris possessore » (cf. *l. 35*, *eod. tit.*); non si sarebbe riportato alla futura possessione da ricuperarsi, ma semplicemente al dritto al mezzo giudiziale presente. Credo doversi preferire un'altra congettura di Savigny *loc. cit.*, che il nostro testo appartenga all'editto sulle cauzioni di cui nel *tit. qui satisd. cogantur*; poichè il discacciato, avendo l'interdetto *unde vi* viene dalle dette cauzioni liberato (cf. § 81, 147, 119, n. 3).

§ 299.

Dalle cose ora esposte sulla perdita del possesso degli immobili s'intende, che noi non dividiamo l'opinione di quei scrittori che dopo il Cujacio sostengono, ritenersi per dritto romano il possesso dei fondi col solo animo, perdersi soltanto quando l'animo cessi. Osta, mi sembra, la logica; perchè non v'è ragione giusta di tanta differenza nella ritenzione e perdita de' mobili e quella degli immobili. Mentre per converso le ragioni da noi esposte sulla necessità per ritenere i possessi di quella disponibilità che descrivemmo, valgono sempre. Ostano i testi nelle speci or ora arrecate di perdita sui fondi: ostano gli altri ne'quali vedremo notate perdite *corpore*, *corporaliter* in generalissimi trattati evidentemente spettanti ancora ai fondi (*l. 23*, *§ 1*, *l. 29, h. t.*); ossia perdite indipendenti dall'animo e provenienti dalla cessazione della ricordata disponibilità, supplemento del corpo. Furono que' scrittori indotti da que' testi, che dicono ritenersi il possesso *animo solo*, *nudo*. Ma questo dissero i romani anche ne' mobili; e Gajo *IV*, *153*, ripetuto da Giustiniano *§ 5*, *I. de interd.*, lo pronuncia in trattato sull'*utrubi* che è de'mobili. Nè quelle espressioni significano che si ritengono i possessi coll'animo assolutamente solo, ma, come già abbiamo dimostrato, coll'animo

solo relativamente: in quanto che de' due elementi del possesso il solo animo si richiede attualmente (o vero o presunto); l'atto del corpo non si richiede, e basta un supplemento del medesimo nell' abitudine e nella disponibilità. Ma principalmente gli autori medesimi furono portati alla loro sentenza da que' frammenti ne' quali è riconosciuto il mio perseverante possesso, quando un fondo da me finora posseduto venga in mia assenza da altri occupato; benchè in me sembri cessare ogni disponibilità. Occupiamoci di questi frammenti.

§ 300.

Si presenta per prima la famosa *l. 6*, *§ 1*, *h. t.* di cui già parlammo esponendo la regola sul negato possesso solidale di più persone. Dice Ulpiano « Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit: et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem, qui ad nundinas abiit. Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere non clam. » Nel luogo cennato esaminammo questo testo di fronte alla ricordata regola, ed occasionalmente anche rapporto al detto che non si deve guardare il modo di tenere ma quello di prendere il possesso. In tale circostanza dovemmo anche prelibar qualche cosa sulla relazione di questo testo col trattato presente della ritenzione e perdita dei possessi (§ 160). Qui dobbiamo più largamente occuparci del medesimo testo sotto questo punto di vista. Concordano con esso sulla negata perdita di possesso sopra un fondo clandestinamente occupato da altri, Paolo *l. 3*, *§ 7*, *h. t.*, Papiniano *l. 46*, *eod.*, Celso *l. 18*, *§. 3*, *eod.* Dicono i testi, che la perdita avverrà soltanto quando l' antico possessore sappia l' avvenuta occupazione (*d. l. 46*); essere per questo necessario che egli atterrito non voglia accedere (*d. l. 3*, *§ 8*, *l. 7*, *h. t.*); esser necessario che o ritornando venga respinto o pel sospetto della ripulsione cessi dall' animo di possedere (*l. 1*, *§ 24*, *de vi*).[1]

[1] Savigny ammette in genere, che anche alla ritenzion del possesso de' fondi sia necessaria la disponibilità *pag. 324*. Ma soggiunge che nel caso dell' occupato possesso di fondi in assenza dell' antico possessore fu

§ 301.

È mio avviso che ne' principî non sia alcuna differenza fra le cose mobili ed immobili: sempre richiedersi la disponibilità che abbiam descritta, onde il possesso si ritenga; per-

la regola meravigliosamente limitata; e quantunque la disponibilità sia finita come nel caso del furto di un mobile, pure dura quel possesso antico finchè il possessore non abbia notizia di quella occupazione (« müste, wenn jene Regel rein angewendet werden sollte, der Verlust des Besitzes allgemein behauptet werden. Hier aber is es, wo jene Regel durch eine merkwürdige Ausnahme beschränkt wird. Wenn nämlich in unserer Abwesenheit das Grundstück welches wir besassen, von einem Anderen occupirt wird, der unsere Rückkehr gewaltsam zu verhindern in Stande ist, so ist uns von diesem Augenblick an die physische Möglichkeit auf die Sache zu wirken eben sowohl entzogen, als wenn ein Dieb eine bewegliche Sache aus unsrem Hause entwendet: dennoch soll in jenem Fall der bisherige Besitz so lange noch fortdauern, als der vorige Besitzer von jener Occupation keine Nachricht hat. ») Così anch' esso trova ne' fondi un' eccezione, benchè molto la limiti; ossia sostiene che coll' animo solamente si perde il possesso de' fondi allo scopo che non lo perdano gli assenti in caso di occupazione altrui finchè ignorata. Ragione non ne adduce: meravigliosa eccezione la chiama esso stesso. Veramente Böcking *Pand. I, pag. 466, n. 5*, seguendo la spiegazione di Savigny dice che però è cosa che s' intende da se (« er (der Satz) versteht sich von selbst »); e segna la ragione nella regola di dritto, secondo la quale, esso dice, se l' occupante venga da colui, che fu per primo scacciato, immediatamente ricacciato, l' occupazione neppur sembra fatta *l. 3, § 19, l. 17, de vi*. Ma bene osserva Windscheid *§ 156, n. 4* che i nostri testi per la durata del possesso non desiderano il ricacciare immediato, ma l' ammettono fino alla conoscenza dell' occupazione per parte del possessore, il quale allora o perda l' animo o tornando sia respinto. — Windscheid, seguendo ancora esso il Savigny, crede che la sua tesi sia nè mirabile nè tale da intendersi da se stessa, ma di mezzana difficoltà; e spiega così. Da quella regola, che ricacciato incontanenente l' occupante non sembri fatta occupazione nè perduto possesso, si progredì, e si ritenne altrettanto quando quel ricacciare non avvenga immediatamente eseguito dall' antico possessore ma in seguito e quando esso antico possessore fu informato della occupazione. Però questo progredire non è dimostrato. Non certo lo provano i testi de' quali ora ci occupiamo. Provano anzi il contrario: perchè se fossero vere le asserzioni di Windscheid, allo accadere, che l'antico possessore ritornando venga respinto o che risaputa la cosa deponga per timore l' animo di tornare, i testi avrebbero riconosciuto la perdita del

dersi sempre il possesso al cessare della medesima. Per la stessa ragione, onde si perde il possesso delle pietre cadute nel Tevere ecc., si perda pur quello del fondo occupato del fiume (§ 296, 298). Ma la stessa diversità di natura nelle cose importa sovente degli stessi principî applicazione diversa, appunto perchè la disponibilità più facilmente si perde nelle mobili che nelle immobili. Ben facile è il perdere la facoltà di ritoccare un mobile oggetto, il quale per la instabilità della situazione, e la ordinaria piccolezza, sfugge agevolmente così che non si possa presumere il ripigliarlo. È per questo che il possesso si perde non solo coll' aberrar del bestiame o nello smarrirsi del vaso come descrivemmo di sopra, ma anche coll' altrui usurpazione di cosa mobile, attesa la facilità di nasconderla e la relativa perdita di disponibilità *l. 15, h. t.* Gaj. « Rem quae nobis subrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam quae vi nobis erepta est. » E qui spetta la *l. 13, § 8, h. t.*, dove Ulp. questiona del caso in cui un servo nell' atto di essere manomesso nascose dal peculio una cosa

---

possesso fin dalla avvenuta occupazione. Dacchè non farebbe al caso nè quella regola nè la sua supposta estensione, e tornerebbero i principj generali. Ma invece dicono perduto il possesso solo al punto di quelli avvenimenti posteriori. — Bruns *Besitzklag. pag. 142, segg.* sostiene, che il possesso è dall' occupante acquistato, e non ritenuto assolutamente dal possessore antico. Solo che ne' rapporti fra queste due persone il primo si ha per mero detentore finchè l' altro venga a sapere, e o tentando il ritorno sia respinto o abbandoni l' animo di tornare; per tutto quel tempo si finge che il possessore antico rimanga in possesso. Osta, che i frammenti stabiliscono assolutamente la perseveranza del possesso nell'antico « adhuc possides » *l, 3, § 6.* « Retinet ergo possessionem qui ad nundinas abiit » *l. 6, § 1,* « non desiisse illico possidere existimandus sum » *l. 18, § 3,* « usque eo possidemus » *l. 25, § 2,* « priorem possidere dictum est » *l. 46.* È meraviglioso che lo stesso Bruns nell' opera citata *pag. 163* ammetta l' usucapione nell' assente. Vorrebbe non trovarsi in contradizione; riflettendo (traduco le sue parole), che il punto di partenza di tutta l' ammissione della durata del possesso è, che quando venga ripreso dopo avuta conoscenza dell' altrui occupazione vale per mai interrotto. Con questo però riman sempre infedele a se stesso, e riconosce in realtà la perseveranza del possesso nell' antico possessore, anche al di là de' suoi rapporti verso l' occupante.

(certo mobile; chè altrimenti non sarebbe probabile il nascondimento), e il patrono, risaputa la sottrazione, glie la ritoglie. Domanda se dalla clandestina possessione si faccia accessione (per l'*utrubi* e per l'usucapione) a chi ritolse dal clandestino occupatore. Se esso non avesse coll'occupazione dell'altro perduto il possesso, il parlar d'accessione non avrebbe senso.

§ 302.

Questa maggior facilità di perdere i mobili è espressa nella regola di Nerva « Res mobiles, quatenus sub nostra custodia sint, hactenus possidere » *l. 3, § 13, h. t.*, ripetuta nella *l. 47, eod. tit.* In verità cos'è questa *custodia?* Il Baron *Iahr. f. Dogm. VII, pag. 112*, nell'occuparsi di proposito di questo articolo definisce la custodia consistere o nella guardia personale (subiettiva custodia) o nel tenere la cosa in un sito che è detenuto dal suo possessore o in cui egli là pone col permesso del detentore finchè tal permesso dura. Oltre le false conseguenze alle quali tale definizione condurrebbe, ostano i testi e specialmente la *d. l. 3, § 13. in fi.;* testi che il Baron è costretto a dire privi di valore *ib.* Val meglio non allontanarci anche nella definizione di questa parola dalla intelligenza comune. Quando mai si dice che altri custodisce una cosa? Si dice ovviamente, che ha in custodia una cosa chi l'ha in una posizione da esso determinata, senza che mano estranea glie la tocchi. Esempio notissimo nella *l. 44, pr. h. t.* Quindi per dire una cosa in custodia, due estremi ci vogliono. Primo, che la cosa resti più o meno precisamente in una posizione da noi assegnatale: dico, più o meno precisamente; giacchè niuno dirà perduta la custodia perchè la cosa, pur rimasta in casa o in altro sito da noi stabilito, è però capitata in un punto dove non la ponemmo, o perchè la volemmo con noi ed essa ci cadde vicino. Secondo, che mano straniera non ce la occupi. Ora intenderemo pienamente l'importanza della regola di Nerva; e le eccezioni, le limitazioni, della medesima. Poni, che cosa mobile sia stata occupata da mano straniera, o essendo nel momento lasciata al posto o essendone rimossa

Ovvero che per caso sia andata fuori dal posto lungi così che non si sappia più affatto dove si trovi. La custodia è perduta o per mancanza di ambedue gli estremi o d'uno di essi. Sarà perduto il possesso? Lo dicemmo perduto; appunto perchè è sempre tolta quella disponibilità che regolarmente è necessaria a conservare i possessi. Tutti questi casi in cose mobili han sempre identica forza e natura. Quando non c'è custodia, non c'è neppur la disponibilità indispensabile pel possesso. È chiaro adunque, che solo quando c'è custodia, c'è tale disponibilità; e ottimamente Nerva *d. l. 3, § 13, h. t.* « res mobiles . . . quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. » Bene adopera quell' *id est*, affatto in conformità colla nostra espressione. [1] E più sotto rende ragione dell' « in custodia mea sit » nel seguente modo « quia prae-

---

[1] L' *id est* è nella fiorentina; ed è vano cercare altre lezioni, e volere invece *idem*, come fanno alcuni fra i quali Savigny *pag. 321.* — Savigny oppone, che se la cosa sia in casa mia ma non la posso rinvenire, ho la custodia, ma non si può dire che « si velim, naturalem possessionem nancisci possim; » e viceversa se mi ricordo in qual punto della foresta si trovi la cosa, non si può dire che « sub custodia mea sit. » Onde egli forma due proposizioni separate nella regola di Nerva. Ma indarno. Nel primo caso non si può dire che « vix ac velim » ma sibbene che « si velim etc.; » ossia posto che io voglia, dopo la determinazione della mia volontà, come noi abbiamo stabilito § 286. Nel secondo caso o la cosa è esposta ad esser presa ovvero a subir altri casi che la tolgano al mio presumibile ritoccamento; ed allora finisce la custodia ma neppur si può dire che « si velim etc. » O la cosa è così ben celata nella selva che non sia esposta ad alcuno di quei casi, ed io possa ritoccarla come se fosse in mia casa; ed allora si può ben dire che « sub custodia etc. » giacchè non la assoluta natura del sito fa la custodia, ma la tutela sulla cosa, che derivi dalla sua posizione qualunque essa sia. — Randa, che pur esso non crede assolutamente necessaria la custodia per mantener possesso di mobili, dice che se lasciai nella foresta una cosa ma ora non mi ricordo dove la lasciai, posseggo benchè non abbia custodia, *pag. 452, seg.* Anzi ho la custodia purchè non sia esposta ai casi succennati. Non è punto necessario che la cosa stia nel mio, per dirla in mia custodia; anche il tesoro nascosto nell'altrui, senza che ricordi il punto preciso, si dice « custodiae causa conditum » *d. l. 44, pr. h. t.* (§ 286).

sentia ejus sit, » cioè in quella relativa presenza della cosa nel luogo ove il possessore la volle. La tesi è ripetuta da Papin. *d. l. 47*, *h. t.* » quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit: idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. » L' invasione altrui toglie la custodia pel difetto del secondo requisito, ma può mancare senza invasioni per difetto del primo. — Or fa, che si tratti di quelli animali che sogliono andare e tornare, api, colombe ecc. Volano fuori. È perduta la custodia, perchè manca il primo estremo. È perduto il possesso? No, perchè resta la necessaria disponibilità salvata da quella abitudine (§ 286). Poni un uomo, un servo. Va fuori senza che sappiamo dove, ma coll' animo di tornare. Il difetto dello stesso estremo porta anche qui la perdita della custodia. Ma il possesso neppur qui è perduto per la ragione medesima (ibid.). Quindi è *chiaro*, che non si può dire degli animali e degli esseri ragionevoli quell' istesso che si dice delle cose mobili in genere, vale a dire che si perda il loro possesso ogni volta che se ne perde la custodia. Quindi la *d. l. 3*, *§ 13*, « excepto homine. » E nella *d. l. 47* prima viene la regola espressa col « consuevit, » e poscia più chiaramente si dice « Igitur earum quidem rerum, quae ratione, vel anima carent, confestim (appena perduta la custodia) amittitur possessio: homines autem retinentur, si revertendi animum haberent. » Dice Papin. « ratione vel anima » perchè il suo discorso valeva non solo per gli uomini de' quali si esprime in ispecie, ma anche in animali come api, colombe ed altri ancora (cf. *l. 5*, *§ 5*, *de a. r. d.*) quando hanno l' *animum revertendi.* [1]

§ 303.

Ma perchè la regola di Nerva non vale negl' immobili? Perchè in essi può esser perduta la custodia, eppur durare

---

[1] Ma il discorso medesimo non vale per gli animali che non *solent reverti*, RANDA *pag. 291, n. 11, f.*

la disponibilità necessaria alla conservazione del possesso; non si può dire, che solo quando esiste custodia esista la disponibilità e duri il possesso. Poniamo l'altrui clandestina occupazione (eccoci al caso): la custodia è manifestamente perduta per mancanza del suo secondo requisito. Ma non ostante ciò, e non ostante che la clandestina occupazione degl'immobili possa paragonarsi quanto al concetto dell'atto delittuoso alla surrezione dei mobili; la disponibilità e il possesso durano. Ed infatti il possessore clandestino d'un fondo non può davvero sottrarlo al nostro ritorno; nè tampoco si deve pensare che ei sarà per respingerci colla forza, perchè dal suo possedere di nascosto e per sotterfugio mal si argomenterebbe all'audacia dello adoperar la violenza. Anzi il contrario fa presumere la sua timidezza, mentre « Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat » *l. 6, pr. h. t.* Per la qual cosa dovendosi presumere, che colui, il quale entrò clandestinamente nel fondo in tempo di nostra assenza, non ci farà ostacolo al ritornare; rimane per fermo quella presunzione di nostro futuro contatto, che unita all'animo nostro porta con se la perseveranza del possedimento. In breve, l'altrui intromettersi clandestino non ci fa danno della possessione del fondo. [1] Questo razio-

---

[1] Ben si possono immaginar circostanze che scuotano gravemente la descritta presunzione, p. e. se colui, che entrò nel fondo in nostra assenza, faccia grandi spese in fabbriche; ovvero apparecchi armi ed armati per respingerci al nostro ritornare. Ma i romani secondo il loro costume formarono la massima sui casi più semplici (cf. BRUNS *Besitzkl. pag. 119. 141 segg.*), e formata la estesero generalmente. Mentre del resto anche in quelle circostanze non è punto irragionevole il pensare, che l'occupatore cederà al cospetto del ritornante antico possessore. La cennata estensione data al concetto della clandestinità spiega il *videri* di Ulpiano *l. 6, § 1,* « videri eum clam possidere. » I romani però si fermarono avanti a casi, che si manifestassero in modo da rendere la supposizione dell'ammissione del ritornante chiaramente irragionevole. Come nel caso di un esercito che entri nel fondo, espresso da Celso nella *l. 18, § 4,* immediatamente dopo aver enunciato la nostra tesi nel *§ 3.* Cf. not. seg. fi. Faccio anche un'avvertenza intorno al cennato caso di armi ed armati preparati per respin-

cinio è mirabilmente confermato nel testo della *l. 18, §. 3, h. t.* dove Celso nel caso, che « dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, » risponde « non desiisse illico possidere existimandus sum, *facile expulsurus finibus, simul atque sciero.*[1] » Così è spiegato perchè la *d. l. 3.*

---

gere l'antico possessore. Dopo che era stato ricevuto, che si avessero per *dejectiones,* all'effetto di dar l'*unde vi,* casi di fuga presa per prossimo sospetto e timore di violenza (§ 712, segg.); è logico il conchiudere, che s'abbia a tenere per *dejectio* e debbasi dare l'*unde vi,* se nel suddetto caso si aggiunga la notizia avuta dall'antico possessore di que' preparativi, ed il suo deporre l'animo di tornare per causa de' medesimi (§ 721).

[1] Forse potrà dirsi, che nel caso di Celso tanto io quanto chi entra clandestinamente deteniamo una parte del fondo, ma con ciò stesso sembriamo detenere attualmente tutto pel contesto delle parti e la unità del fondo (§ 207): come dunque può dirsi a me conservato il possesso di tutto il fondo, mentre allora soltanto può durare un antico possesso accanto ad un nuovo d'un occupatore, quando l'antico possessore possegga *nudo animo* (§ 160)? Bruns *Besitzklag. pag. 141 e 152* ammette che nel caso di Celso l'antico possessore ritiene il vero e proprio possesso di tutto il fondo; benchè per altra ragione, ossia perchè l'altrui occupazione non è compiuta ma principiata. Ma primieramente perchè caratterizzar così tale occupazione? Da che lo deduce Bruns? Mentre anzi ogni ragione ci fa credere, che chi di nascosto entrò in una parte del fondo non vorrà progredire audacemente ad occupar l'altra parte dove io stesso mi trovo, e che perciò abbia già compiuto tutta la sua occupazione. Inoltre sia o non sia compiuta la occupazione, sia o no l'occupatore per progredire all'altra parte; non è egli vero che esso possiede la parte che ha occupata, mentre quanto ad essa si trovano in lui gli elementi dell'animo e del corpo? Che se ammettiamo che l'antico possessore possieda attualmente *corpore* quella stessa parte; dunque è necessario riconoscere in essa due possessori attualmente possedenti *corpore,* lo che non è affatto sofferto dalla regola sulla esclusione di due possessori solidali. — Diciamo piuttosto, come già altre volte notammo, che il fondo non fa unità di sua natura e veramente, perchè in realtà « pars fundi fundus est. » L'unità n'è solo proveniente da arbitraria destinazione degli uomini, ed esiste in quanto che tal destinazione dura. Certo che tale unità non manca di effetti; poichè per essa è stato stabilito che chi entra in una gleba del fondo prende il fondo intero (d. § 207). Ma appunto perchè questa è una conseguenza di arbitraria destinazione e vale solo finchè non sia la destinazione cangiata; accade, che mutata in qualsiasi modo la destinazione medesima o da chi la muti giustamente o da chi la muti senza giustizia, ritorna intiera la regola suddetta « pars fundi fundus est. » Quando venga occupata una parte d'un fondo, mentre in altra parte del fondo stesso sta

§ 13, e la *d. l. 47*, *h. t.* richieggono la custodia solo per la conservazione del possesso dei mobili e non degl' immobili. Nel caso così importante della clandestina occupazione d'un fondo, era perduta la custodia ma non era perduto il possesso.

§ 304.

Che se l' antico possessore, avuta notizia dell' altrui clandestina occupazione, temendo che non forse abbia ad essere al ritorno respinto colla violenza, impaurisca e determini di non più tornare, allora perde il possesso, perchè perde la volontà di possedere. Così Papiniano nella *l. 46*, *h. t.* unito a a Paolo *l. 3*, *§ 8*, e *l. 7. eod.* che fa contesto colla *l. 6*, *§ 1.* « Et si nolit in fundo reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit. »

l' antico possessore; la destinazione dell' occupante, il quale come sopra notavo vuol contenersi nella parte occupata, separa questa dal resto e ne fa un fondo. Onde e il possesso di esso lì rimane, e il possesso tenuto *corpore* attualmente dall' antico possessore si restringe nell' altra parte. Se l'antico possessore è giudicato possedere anche la porzione occupata, ciò avviene *animo solo* e per quella disponibilità che gli nasce dalla presunzione della sua ammissione futura per parte dell' occupator clandestino « facile expulsurus finibus etc. » — Dalle cose esposte si scorge l' unione di questo *§ 3* col seguente *§ 4*, *d. l. 18.* « Rursus si cum magna vi ingressus est exercitus: eam tantummodo partem, quam intraverit, obtinet. » L'esercito entrato possiede certamente la parte che ora occupa. Forse che possiede pur anco la parte dove resta il possessore antico? Sembrava che sì; perchè non possiam credere, come lo crediamo nell' occupatore clandestino, che l'esercito vorrà astenersi da quella parte per timidezza, e intenda frenare il suo possesso alla parte presentemente occupata. Eppure Celso nega; giacchè in questa specie la grandissima potenza fa supporre l' istesso che nell'altra specie fa supporre la timidezza. Se l' esercito volesse anche l' altra parte, sì che l' avrebbe immediatamente occupata. Se potente com' è se ne astenne, dunque non la vuole. Torna la separazione della destinazione; l' esercito possederà una parte, l' antico possessore l' altra. Ma costui non ritiene *animo* la parte occupata, mentre niuna presunzione di sua futura ammissione è possibile, dove non c' è ombra di quella timidezza su cui tale presunzione suole basarsi: tornano in sommo grado le regole sulla violenta espulsione che distrugge i possessi.

Sembra ostare la *l. 4, C. h. t.* Dicono gl' impp. Diocleziano e Massimiano, che perduto sarà il possesso se Nepoziano non aveva coltivato la deserta possessione de'fondi « derelinquendi affectione » (§ 284); ma non già « si metus necessitate culturam eorum distulisti. » Jhering, che, come vedemmo, per conservare i possessi ricerca la diligenza positiva, è costretto ad asserire che all' età imperiale venne modificata quella sua teoria nel caso appunto della cultura omessa senza negligenza. Onde bisognerebbe conchiudere, che dunque dopo Diocl. Massim. più non ha valore il responso d' Ulpiano *l. 13, pr. h. t.*, dove Jhering crede perduto il possesso delle pietre perchè estratte dal Tevere « post tempus » ossia dopo cessata lungamente l' azione positiva. Mentre anche ciò potè facilissimamente accadere senza negligenza alcuna e per impedimento delle acque. Nè felicemente altri scrittori tentano spiegare osservando che forse si trattasse non di fondo ritenuto da minaccioso invasore ma di una « metus necessitas » indotta da pericoli da incontrarsi cammin facendo. Mentre ciò nulla cangerebbe nella decisione dell' animo e nel valore della medesima. Soggiungono ancora, che il possessore non aveva abbandonato del tutto la speranza del ritorno, ma soltanto aveva giudicato di differire (« distulisti ») per motivo di prudenza. Ma se tanto diamo alla speranza, perchè non l' ammettiamo con eguale efficacia allorquando altri venga dejetto colla violenza, mentre anche in tal caso può conservarsi una non irragionevole speranza di ritorno? — Io spiegherei la *l. 4, C.* nel modo seguente. Sappiamo da Ulpiano *l. 9, de extr. crim.* che si commetteva un delitto d' araba provenienza, nominato *scopelismon,* che in greco vuol dire apposizione di pietre. Consisteva nel porre in un fondo delle pietre che servissero di ammonizione onde quel fondo non venisse coltivato sotto minaccia di mala morte. Chi commetteva questo delitto non occupava il fondo, e neppure proibiva l' accesso, ma solo la coltivazione. Quindi nulla turbava l' accesso stesso, niuno impedimento si trovava per via, nessun pericolo di ripulsione esisteva. Non essendo alcuna ragione di timore, per cui si deponesse l' animo di ritornare, questo animo rimaneva. C'era

la disponibilità, c'era l'animo, tutti gli estremi del possedere. Solo che di fatto il possessore non andava a quel fondo perchè lo andarvi era inutile, dovendo astenersi dalla troppo pericolosa coltivazione. A questo caso riguardano gl' impp., ed ottimamente rescrivono non essere in tal caso deserta la possessione « derelinquendi affectione » ma solo differita la cultura.

§ 305.

Sarà pur anco perduto il possesso, se colui, che clandestino occupatore entrò nel fondo in nostra assenza, di fatto non ci ammetta quando torniamo, ma, confermatosi e progredendo nella sua ingiustizia, ci escluda. Finita allora in noi la facoltà d'insistere corporalmente sulla cosa, ossia la disponibilità, finisce anche il possesso, *l. 6*, *§ 1*, *in fi.*, *l. 1*, *§ 24*, *l. 3*, *§ 14*, *de vi.* — Ambedue i casi, trattati in questi due ultimi paragrafi, si trovano nella *l. 25*, *§ 2*, *h. t.* [1] — Conchiudiamo: La occupazione clandestina altrui non finisce per se il nostro possedimento sui fondi: a tal uopo è mestieri, che noi stessi o intimoriti prendiamo la determinazione di non tornare, o ritornando siamo respinti colla forza. Onde Paolo nella *l. 3*, *§ 9*, *h. t.* « constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus. » Ed ecco apparisce con quanta sagacità ed esattezza parlasse Ulpiano nella *l. 6*, *§ 1*; quando dopo aver detto che l'occupatore del fondo d'un assente possiede clandestinamente, ne trae per conseguenza, che dunque l'assente ritiene il possesso « aliquis occupavit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit. Retinet *ergo* possessionem is, qui ad nundinas abiit. » Quel-

[1] Si osservi la dubbiezza, con cui il giureconsulto afferma che prima il possesso non era perduto « quod quasi magis probatur . . . et videtur utilius esse. » Al tempo di Pomponio non era ancora ben fissato che prima di tali avvenimenti il possesso durasse. In verità è un punto che incontra serie difficoltà, che qui ed altrove abbiamo dovuto sciogliere. — Perchè poi nel caso della ripulsione si trovi spesso enunciato del ripellente, *videri possedere vi*, cf. § 710.

l'*ergo*, che Savigny volle torcere a correzione della precedente definizione del testo (§ 155), ci sembra esser da noi fluidamente spiegato.

§ 306.

Dalla esposizione fatta sull'occupazione clandestina s'intende essere anche secondo le nostre vedute giusta l'opinione difesa da Savigny *pag. 444. segg.* e da altri, [1] che niun speciale interdetto *recuperandae* sia dato contro gli occupatori clandestini. Perchè non v'era luogo a ricuperare ne' casi più gravi, degl'immobili cioè e dei fondi: onde non fu dato alcun luogo a simile interdetto neppure per i mobili benchè in essi il possesso fosse perduto (agg. § 763). Un testo sembra ricordare un interdetto *de clandestina possessione* ed è la *l. 7, § 5 de comm. divid.* » Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait (Giuliano), cessare hoc judicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. » Ma il giurec. deve intendersi dell'interd. *uti possidetis*, del quale accenneremo più sotto. Infatti se pensasse d'un interdetto speciale tecnicamente nominato *de clandestina possessione*, pari sarebbe il caso del possesso clandestino, trattato in quel periodo, ai casi di possesso violento e precario, trattati da Ulp. nel periodo immediatamente precedente, dove, invocato lo stesso Giuliano, egli dà pel primo lo speciale interdetto *unde vi* e pel secondo l'altro anche speciale *de precario*. Non ci sarebbe ragione d'istituire nel riferito periodo un discorso nuovo e separato pel possesso clandestino. [2] Anzi non crederei con Savigny ed alcuni altri dei ricordati scrittori, che una volta simile interdetto esistesse, finchè cioè fu ben fissata la regola del conservarsi il possesso all'assente, lo che avvenne a tempo di giurisprudenza ben matura siccome vedemmo dalla *l. 25. § 2, h. t.* E sottoscriverei a quelli che tale interdetto credono

---

[1] Bruns *Besitzklag. p. 144,* Machelard *pag. 286, segg.*, Windscheid *pag. 441, n. 1,* Maynz *§ 176,* Milone *pag. 49, n. 4,* Molitor *pag. 150.* Witte *U. p. pag. 45-72,* Baron *Gesammtr. p. 97. seg.*, etc.

[2] Witte *pag. 72 seg.*

non aver esistito giammai. Bene osservano costoro, che il passo di Cicerone *in Rull. III*, 3, citato dai primi, non prova se non che avere i pretori tenuto negl'interdetti per vizioso il possesso clandestino, ma non che dessero uno speciale interdetto contro il medesimo. Convien sempre tener fermo, che gl'interdetti non sono effetto di un dritto assoluto, ma dipendono interamente dalla economia del pretore. Inoltre che gl'interdetti *recuperandae* sono dati più difficilmente che i *retinendae* (§ 707). Certo il possesso clandestino reclamava assai meno dell'usurpazione violenta l'intervento del Pretore. — Ma se nella mera circostanza di occupazione clandestina del fondo non era luogo a ricuperare il possesso perchè non perduto, diremo forse che dunque l'antico possessore dovrà soffrire in pace l'altro possesso che certamente ha il clandestino occupatore, senza potergliela togliere con alcun interdetto? Benchè la risposta a tale quesito propriamente appartenga alla materia degl'interdetti, dove lo tratteremo largamente (§ 692, segg., 710 seg., 721 seg.); pure è bene fin da ora stabilire la negativa. Primieramente potrà il possessore antico provvedere a tal uopo tentando di ritornare. O sarà ammesso, e nulla gli resterà a desiderare; o sarà respinto, ed allora avrà l'*unde vi*, *l. 6*, *§ 1*, *h. t.* (d. § 710 seg.). Inoltre può, prima di tentare il ritorno, esperimentare l'*uti possidetis* col quale prevenire la propria esclusione quando ritornerà, e prevenire altresì qualunque controversia che al suo possesso sia per fare in avvenire l'occupatore (d. § 692, seg.). — Che se l'antico possessore perda il possesso per l'altro capo del non voler tornare per timore, non ha l'*unde vi*, ma Giustiniano lo provvede d'un nuovo rimedio per ricuperare il possesso nella *l. 11*, *C. unde vi* (§ 722).

§ 307.

Abbiamo così spiegato la *l. 6*, *§ 1*, *h. t.* e le altre affini, [1] ed abbiamo a quel che mi sembra, confermato la piena e

[1] Quando trattammo della *l. 6, § 1* nella questione de' più possessori solidali vedemmo, che dura il possesso giusto d'un fondo anche nel caso della *vis* se questa sia stata fatta all'altro ingiusto possessore. Perchè la

costante applicazione della necessaria disponibilità. Ma anche questa ha, come ogni regola, le sue giuste e ragionevoli eccezioni. Una importante eccezione è ne' servi posseduti: e nelle cose possedute per mezzo dei servi. Ricordiamo, che se i servi nostri vanno in giro ma con animo di tornare, ne conserviamo il possesso benchè non ne abbiamo la custodia. *l. 44, pr. vers. alioquin, l. 47, h. t.* Egregiamente la *d. l. 44, pr.* paragona questo caso alla dimenticanza di luogo ove fu posto un tesoro per custodirlo; perchè in ambedue i casi v'è simiglianza di ragione a conservare il possesso, in quanto che è da presumersi la ripetizione del contatto, dopo voluta benchè non appena voluta: nel tesoro perchè è ordinario il ricordarle in seguito, nel servo perchè esso ha l'animo di ritornare. La *l. 47* osserva elegantemente quanto mai il servo siaci mezzo di ritenzione di possessi. Come ci ritiene col mezzo del corpo suo il possesso delle altre cose, così con quel proposito di tornare è ragione che noi conserviamo direttamente il possesso su lui « potest homo, proposito redeundi, domino possessionem sui conservare, cujus corpore ceteras quoque res possumus possidere. » Fin qui il dritto è regolare. Ora alle eccezioni. Si procedette; e si ammise che si conservasse il possesso anche del servo fuggitivo, benchè esso manchi dell'animo di ritornare *l. 1, § 14, h. t.* Male, a mio avviso, qualche scrittore equipara meramente questa decisione a quella sopra enunciata sulle cose che noi possediamo per mezzo de' servi, dicendo che il servo possiede al padrone come le altre cose così se medesimo. Imperocchè onde riteniamo il possesso per mezzo di altri, è necessario che questi riconoscano praticamente il nostro interesse e ravvisino ed intendano soddisfare il loro dovere di conservarci la cosa (§ 48). Infatti la *d. l. 47* nel caso del servo, che vada fuori semplicemente, deduce il possesso a noi conservato dal proposito di ritornare, nel quale appunto si trova quella ricognizione,

---

forza usata contro l'ingiusto non fa conchiudere che verrà adoperata anche contro il giusto: quanto a questo l'occupatore può riguardarsi negli effetti, come si riguarda il clandestino (§ 161). Agg. § 692, n. 1.

quella intenzione nel servo medesimo. Ma nel servo fuggitivo nulla si rinviene di tutto questo — Altre furono e speciali ragioni di utilità. È regola della *l. 133*, *de R. I.* non dovere la condizione de' padroni esser deteriorata dai servi, sibbene migliorata. Giusta regola, applicata alle teorie dei contratti, dei giuramenti ecc. [1]. Applicata anche nel caso delle cose sottratte da un servo, in quanto che il padrone non perciò perde il possesso delle medesime. *L. 33*, *§ 6*, *de usurp. et usuc.* Giuliano « servi subtrahendo res, non faciunt deteriorem dominorum conditionem. » *L. 15*, *h. t.* Gaj. « quia per hujusmodi personas acquiritur nobis possessio: » parole che non vanno intese come suonano letteralmente quasi che non si possa perdere possesso per opera di persone che possono esserci mezzo di acquistarlo; lo che sarebbe falso come in seguito vedremo. Si devono intendere con Cujacio *ad d. l. 15,* essere i servi tanto poco al caso di farci danno del possesso delle cose, che anzi sono mezzo a farci acquisto, coerentemente a *d. l. 133.* Come la *d. l. 47*, *h. t.* paragona la ritenzione del possesso delle altre cose per mezzo del servo alla ritenzione del possesso del servo semplicemente non custodito; così qui dal ritenuto possesso delle cose sottratteci dal servo si venne al possesso ritenuto sul servo fuggitivo; fu ricevuto, non poter esso sottraendo se stesso farci danno del proprio possesso. Tale modo di argomentare trovasi in *d. l. 15, h. t,.* e nella *l. 13, pr. h. t.* Ulp. « fugitivus idcirco a nobis possideri videtur, ne ipse nos privet possessione. » [3]

§ 308.

Pertanto è questa una mera finzione fatta per gran ragione dal dritto nostro allo scopo di conservare al padrone

---

[1] Benchè abbia pur essa le sue limitazioni; com'è che i padroni siano tenuti *noxaliter* pe' fatti de' servi. Cf. *l. 1, § 15, de vi.* (§ 9. seg.). Cujacio fissa qui un esempio per la *l. 1, de R. I.; ed. napol. VIII. 657* ,*D.*

[3] Alla stessa ragione si riporta Giustiniano *l. 12, C. h. t.* Fissando una certa decisione sul non perdere un possesso per opera del servo nostro (ne parleremo in seguito), invoca di nuovo la regola « deteriorem conditionem per servum domino nullo modo fieri. »

gli effetti del possesso sulle cose sottratte dal servo e sul servo stesso fuggitivo. E ciò significano i giureconsulti quando affermano esser ciò stato introdotto a favore della usucapione del padrone, *l. 1, § 14, h. t., l. 33, § 6, de usurp. et usuc., l. 17, § 3 de furt.* Parlano di usucapione dimostrativamente, per designare gli effetti del possesso, menzionando l'usucapione come occasione principale dell'introdotta finzione. Imperocchè credo che anche gl'interdetti siano salvi al padrone.[1] Infatti troviamo stabilito nelle *l. 40, pr. h. t., d. l. 33, § 6, de usurp. et usuc.*, che se il servo del creditore sottragga il pegno dato a costui dal debitore, non fa al suo padrone danno del possesso: danno che nella specie non poteva consistere che sugl'interdetti. — Esiste in realtà una contrettazione, ossia un'immediata azione corporale del servo, esercitata sulle cose da lui sottratte o su' se stesso. Onde furto è riconosciuto nel servo che altre cose o se stesso sottragga, *d. l. 17, per tot. de furt., l. 60, eod. tit., l. 1, C. de serv fugit.*[2] — Talvolta per necessità accade, che questa finzione di possesso, introdotta a prò dei padroni, giovi indirettamente anche a non padroni. Il servo del creditore sottrae il pegno dato a questo; vedevamo or ora che si finge tuttora possedere il creditore medesimo onde non gli tocchi danno negl'interdetti. Ma dura anche quel possesso civile del debitore, su' cui esso prosegue nella usucapione. Imperocchè la perseveranza di tale possesso giova anche grandemente al creditore padrone del servo; mentre ben gl'interessa che il suo debitore compisca la usucapione, per la quale avverrà che l'antico proprietario della cosa non possa più rivendicarla. Essendo dunque regola, che il servo colle sue sottrazioni in niun modo possa recar danno al padrone nelle utilità unite dal dritto ai possessi, fu mestieri riconoscere la durata anche di quel civile

[1] Diversamente BRUNS *Besitzkl. pag. 163.*

[2] Nuova prova che al concetto del furto non è sostanzialmente necessaria la perdita d'un possesso. Però vedremo § 581, che la conservazione del possesso al padrone ebbe anche, com'era naturale, delle conseguenze su' quel furto, così che di questo più facilmente si ammettesse la purgazione.

possesso del debitore. Così s'intende il raziocinio di Giuliano *d. l. 33, § 6. vers. Si rem, de usurp. et usuc.* « non interpellabitur usucapio debitoris: quia servus dominum suum possessione non subvertit: » e non deve dirsi col Savigny *pag. 343, no. 2*, esser cotesta una cosa mirabile. [1]

§. 309.

Qui è duopo che ci fermiamo sopra un punto che spetta alla teoria dell'acquisto del possesso per mezzo dei servi; punto che prima di ora non potevamo esporre con chiarezza. Fu fra' giureconsulti questione se per mezzo del servo fuggitivo il possesso si acquistasse ancora al padrone. Paolo *l. 1, § 14, h. t.* riferisce la disputa. Nerva negò pel principio proculiano che pe' servi nostri non acquistiamo possesso se non quando li possediamo, mentre quel servo non è in realtà dal padrone posseduto. Poichè, soggiungeva, che si finga posseduto per l'usucapione, è cosa ricevuta per ragione di utilità, ed all'effetto che si compia un'usucapione già cominciata; cioè affinchè il servo non rechi danno al padrone. Ma qui si tratta di acquisto, di lucro. Per converso affermarono Cassio e Sabino mossi dall'esempio del servo che sta in provincia. Essi ricusavano il principio proculiano su ricordato. Piacque e fu ricevuta la sentenza di Cassio e di Sabino. Lo che apprendiamo non solo dal luogo di Ermogeniano *l. 50, § 1, h. t.*, ma precipuamente da Gajo *l. 25, § 2, de liber. caus.* « placuit per fugitivum quoque nos possessionem adquirere posse. » Nè fa ostacolo, che nella *l. 12, C. h. t.* si neghi la estensione del finto possesso oltre la causa d'evitar danno. Perchè ciò viene pronunciato da Giustiniano nella sua questione, che

---

[1] Se sia il servo del debitore, che sottragga il pegno, al debitore stesso si conserva l'usucapione perchè « servi subtrahendo res non faciunt deteriorem dominorum conditionem »; ma si estingue il possesso del creditore *d. l. 33, § 6, vers. sed et si debitoris, de usurp. et usuc.* Poichè tal possesso non poteva conservarsi per la persona del creditore di cui non è il servo sottraente, nè per la persona del debitore padrone del servo, a cui è salva l'usucapione unico suo interesse nel possesso.

fosse stato dal padrone commesso un acquisto di possesso ad un servo non fuggitivo, e questo tradisse e soprassedesse per dolo o per accidia. Di modo che primieramente il servo non aveva preso, ed inoltre il padrone era in causa dell'avvenuto « ex mala sua electione. » Ma l'uno e l'altro è diverso nel caso del servo che prenda in tempo di fuga. — Però io credo, primo che nella questione, come esposta da Paolo *a. l. 1, § 14.*, la ragione di dritto fosse per Nerva, in modo che solo per grande equità si decise quindi per Cassio e Sabino. Inoltre che la giurisprudenza non fosse così formata veramente a tempi di Gajo ma si formasse in epoca molto posteriore. Alle prove. Udimmo il raziocinio di Nerva. Dispiaccia pure la invocazione di quel troppo rigoroso principio proculiano del non acquistarsi possesso per servi nostri se non da noi posseduti. Ma sostituiamo la regola che per mezzo di altri non si acquista se non esista quella disponibilità di cui parlammo § 242; e tutto il resto dell'argomentazione di Nerva può conservarsi intero. Che il servo fuggitivo non sia veramente posseduto, ma che il possesso si finga solamente quanto agli effetti di esso, lo riconosce anche Giuliano *l. 17. § 3, de furt.* Come dunque estendere un anomalo dritto al lucro di nuovi possessi? Vinse solo per riguardo di somma equità la sentenza di Cassio e di Sabino; e vinse a quel ch'io credo in epoca ben posteriore a quella di Gajo. Credo, non per vaghe congetture (che ben me ne asterrei), essere il testo di Gajo nella *d. l. 25, § 2, de lib. caus.* interpolato dalla mano di Triboniano. Lo dimostra il trovare Pomponio[1] d'accordo con Nerva nella *l. 15, de publ. in rem act.*, ed il vedere Modestino, certo posteriore a Gajo, d'accordo con Nerva stesso nella *l. 54, § 4, in fi. de a. r. d.* Lo dimostra il contesto dell'istesso frammento di Gajo. Il giureconsulto nella *d. l. 25, § 2* domandava (ne parleremo) sulla posizione del servo verso il padrone, pendente la causa liberale. Decisi altri punti, soggiunge « tantum de possessione videbimus (se venga

[1] Fiorì Pomponio circa all'età di Gajo, anzi fu della scuola sabiniana. cf. *Gaj. II, 218.*

da tal servo acquistata al padrone), cum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere. » E poi subito dice « Sed magis est, ut adquirat, licet ab eo non possideatur: et cum placuit, per fugitivum quoque nos possessionem adquirere posse: quid mirum etiam per hunc, de quo quaeramus, adquiri. » Prima è differita la questione (« videbimus »), e poi immediatamente sciolta con enfasi orientale. Orientale apparisce tutta l'ultima parte.

§ 310.

Ma questo possesso, che abbiamo sopra il servo fuggitivo e sulle cose da esso e ritenute e acquistate, finisce in certe circostanze. Finisce in primo luogo se il servo medesimo venga da altri occupato *d. l. 1, § 14, h. t., d. l. 50, § 1, eod.*; mentre non è la sola azione del servo che impedisca il nostro possesso ma quella d'un estraneo. Credo, che non a ragione Cujacio *VIII, 261, E.* per tale perdita di possesso desideri che il padrone abbia avuto notizia dell'accaduto. A che prò tal notizia? o cosa essa aggiunge? Certo que' due testi non ne fan parola. Che se per perdere il possesso de' fondi clandestinamente occupati da un'altra persona, si richiede almeno la scienza del padrone e relativa cessazione d'animo di ritornare; questo è, lo vedemmo, perchè non per quella occupazione di fondi era cessata la nostra disponibilità; mentre tal cessazione non si può disimulare e non portare ad effetto quando un servo sia da un terzo occupato.[1] — Inoltre il possesso finisce, se il servo cessi di esser fuggitivo, cessi dal fare in questo modo frode al padrone, e sia disposto ad intraprendere il giudizio liberale preparandosi avversario, *l. 3, § 10, h. t., l. 15, § 1, de usurp. et usuc.* Convien preporre, che questo articolo del ritenersi facilmente il possesso dei servi ha anche

[1] Per la ragione medesima anche sul servo non fuggitivo, del quale per l'ignoranza del luogo ove si trova perdemmo la custodia ma non il possesso, Papiniano segna la durata di esso possesso « quamdiu nemo alius eum possidere coeperit » *l. 47, h. t.*

un'altra applicazione in que' servi che da precedente stato servile abbiano implorato il giudizio liberale *d. l. 3, § 10, h. t.* Dice Paolo che li possediamo *animo*; che qui va inteso coll'animo solo assolutamente, perchè degli elementi necessari a ritenere il possesso non c'è che l'animo, niuna disponibilità trova luogo. Non è vero possesso, come viene giustamente rimarcato nella *l. 25, § 2, de liber. caus.* « licet ab eo non possideatur; » ma finto, sempre perchè i servi col fatto loro non ci facciano danno di possesso. Potente considerazione invero; perchè altrimenti dopo ordinato il liberal giudizio l'uomo, del cui stato è controversia, è in luogo di libero sia che litighi *ex possessione servitutis* sia che *ex possessione libertatis, l. 33, § 1, de procurat., l. 12, ex quib. ca. major., l. 24, pr. d. l. 25, § 2, de liber. ca., l. 14, C. de lib. ca., l. 1. C. qui dare tut. vel curat.*: antica regola, onde anche nelle *actiones sacramento* le vindicie si dicevan sempre per l'assertore della libertà. [1] Sull'acquisto del possesso per mezzo di un tale servo accennammo già che fu dubitato *d. l. 25, § 2, de lib. ca.* Certo che la questione fu pari a quella sul servo fuggitivo: la ragione di dubitare espressa *ibid.* « licet ab eo non possideatur » era la corrispondente ragione di chi negava. E sull'esempio del fuggitivo si decise pel sì, in epoca, come noi crediamo, orientale (§ preced.) — Ma ove si aggiungesse, che già avanti alla lite il servo stesse in istato di libertà, qual'è il nostro caso del fuggitivo, allora il possesso è perduto al padrone, *d. l. 3, § 10, h. t., d. l. 15, § 1, de usurp. et usuc.* Poichè delle finzioni non conviene abusare: qui specialmente dove alla finzione del possesso sul fuggitivo converrebbe cumulare l'altra finzione del possesso su colui che contende per la sua libertà. Massimamente che il duplice fatto e dello essersi il servo involato dallo stato di servitù e del suo presente litigare, mostra la fermezza del suo consiglio in una lite non intrapresa subitamente, ed è indizio che egli è persuaso della propria libertà: ora sarebbe eccessivo il finger possesso su tale che non solo è in istato di libero, ma molto

[1] Pomp. *l. 2, § 24, de O. I.*, Dionys. Halicarn. XI.

probabilmente si crede tale. Ciò indica Ermogeniano *d. l. 50, § 1, h. t.* negando l'acquisto per mezzo del servo fuggitivo se egli « se liberum credat; » credenza dimostrata non certo per indagine pura nella sua mente, ma per l'intrapresa lite.

§ 311.

Fin qui abbiamo discorso *ex professo* dei possessi che riteniamo da noi stessi e della perdita dei medesimi; ora parliamo di proposito dei possessi ritenuti per mezzo altrui e della perdita relativa. Nei § 48 segg. esponemmo, che, se alcuno operi sulla cosa riconoscendovi un interesse di un altro ed agendo in conformità di esso, sotto questo rapporto egli non possiede mentre possesso non è se non nell'interesse del possessore, ma *est in possessione, nomine* di quest'altro, *l. 9, h. t., l. 1, § 22, de vi, § 5, I. de interd., Gaj. IV, 153*; essere egli per dritto civile istromento al possesso di esso, *l. 18, pr. h. t.* Costruirsi in questo il possesso sui soliti due elementi dell'animo e del corpo; animo proprio, corpo altrui « per alium corpore possidet » *l. 3, § 8, h. t.* Esser questa operazione del dritto civile, segnalata in più frammenti: in quelli dove possesso si dice esclusivamente di chi possiede per corpo proprio *l. 19, § 6, de furtis, § 5, I. de interd., Gaj. IV, 153*; in quelli dove le espressioni « corporalis possessio, possidere corpore » sono parimenti riservate al possesso ritenuto col proprio corpo *l. 40, § 2, de pign. act., l. 15, § 4. de precar.*; in quelli, dove quel possedere costruito dal dritto civile si enuncia con verbi che denotano come non vi si resti nel semplice primigenio concetto del possesso « videri, credi, intelligi » *l. 24, l. 36, h. t., l. 1, § 22, de vi, § 5, I. de interd., Gaj. IV, 153.* Però quel che dicemmo § 240, l'acquisto del possesso per corpo altrui non esser finzione ma solo estensione fatta dal dritto civile (mentre nessuno degli elementi necessari al concetto del possesso v'è abbandonato), qui lo diciamo della ritenzione per corpo altrui, dove del pari l'elemento dell'animo è in noi stessi, e l'elemento del corpo pur esiste somministratoci da altri.

§ 312.

Quali siano in ispecie le persone per mezzo di cui possiamo ritenere i possessi, già abbiamo esposto in occasione della seconda parte del capo 2°, ove ci siamo occupati dei casi più ragguardevoli. Certamente è maggiore il numero di quelle, per le quali possiamo acquistare. Dappoichè ad acquistarci possesso sono idonei soltanto coloro i quali ci sono in genere istromenti d'acquisto per dritto civile, non essendo possibile che chi non ci è istromento per acquistare in genere lo sia in ispecie pel possesso. Qui poi altro non si desidera in chi ci presta ministero se non che il suo riconoscimento del nostro interesse ed il suo conforme agire nella cosa. I coloni, i depositari, i comodatari, i creditori nel pegno, gli usufruttuari, gli ospiti, gli amici, ci sono mezzo a ritenere i possessi, *l. 9, h. t.* « Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus; nos possidere videmur, » *Gaj. IV, 153, § 5, I. de interd.* Osservo quanto al procuratore, che come nell'acquistarci così nel ritenerci il possesso non è necessario un rapporto veramente giuridico, un valido mandato, *l. 32, pr. h. t.* « Quamvis pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, possessionem tamen per eum retinemus. » Se il pupillo senza autorità di tutore tenga la cosa come nostro procuratore, vero procuratore non è, e pure pel possesso ci giova come tale. Ciò non sarebbe stato ricevuto se si trattasse di assumere un vincolo giuridico, un'obbligazione che deteriora la condizione del pupillo medesimo. Ma non trattandosi di questo, ritorna che il possesso *magis in facto quam in jure consistit*, e che in tal materia non è da richiedere ansiosamente l'autorità tutoria (cf. *l. 29, h. t.* § 79). — Ora vediamo degli avvenimenti, di fronte ai quali il possesso ritenutoci da altri dura o si estingue. Questi avvenimenti o si verificano nella nostra persona, o nella persona di coloro che ci sono a questo modo istromento. Vediamo di ambedue le ipotesi.

§ 313.

E primieramente diciamo degli eventi che accadono nella persona di noi stessi che per altrui mezzo possediamo. Quanto all'animo nostro il possesso si ritiene in quello stato, si perde con quelle destinazioni, che abbiamo segnalato quanto ai possessi che da per noi riteniamo; dappoichè sappiamo, che l'animo nostro tanto dev'esistere quando possediamo per altri quanto allorchè possediamo da noi. Solo che prende per necessità un differente speciale carattere: quando possediamo da noi abbiamo l'animo di possedere col nostro tatto o la nostra disponibilità ecc.; quando possediamo per altri, abbiamo l'animo di possedere per il tatto o la disponibilità altrui; e ciò non manca di effetti (§ 319). Quanto al corpo; essendo in pronto il corpo altrui, per parte nostra nulla si desidera per la ritenzione del possesso e perciò niuna esclusione per parte del corpo nostro vale ad estinguerlo. Vale a dire non si richiede quella disponibilità che è necessaria ad acquistare per mezzo altrui (§ 242); poichè quella facoltà nostra di toccare presentemente la cosa, derivante dalla posizione della persona che ci presta ministero, manca spessissimo dirimpetto a coloro che ci ritengono il possesso. Manca nel caso del colono, del creditore, del superficiario, dell'enfiteuta ecc., dove la stessa loro posizione impedisce la detta facoltà. Nè si richiede tampoco quell'altra disponibilità che è necessaria per ritenere i possessi da per noi, basata sulla presunzione, che noi potremo ritoccar la cosa in seguito ad averlo voluto (§ 286); dappoichè quando riteniamo per corpo altrui, l'elemento corporale esiste in ciò stesso, e non ha bisogno di essere supplito con questa disponibilità. Quindi riteniamo il possesso d'un colono a lungo tempo, anzi anche per mezzo d'un superficiario e d'un enfiteuta; benchè la gran diuturnità o forse la perpetuità della loro stazione sulla cosa impedisca la presunzione, che noi stessi torneremo in persona a quel contatto della cosa che è conforme all'idea genuina del possesso. Anzi

se colui, che possedeva un fondo per mezzo di coloni o di servi, presentatosi per visitarlo sia da terza persona discacciato, non perde il possesso, *l. 1, § 45, de vi.*[1]

§ 314.

Adesso dobbiamo, prima di avanzarci, fare una considerazione sopra ciò che si richiede come elemento corporale ne' diversi stadii o posizioni del possesso, la quale tutti li riassuma; mentre ormai di tutti abbiamo discorso. Egregiamente il dritto romano moderò su due principî i gradi del requisito corporale. Quando si tratta di possedere col corpo mio, in me è più fortemente aspettato l'elemento fisico di quello che nol sia quando un corpo altrui mi presta ministero: giustamente, perchè nel secondo caso l'elemento fisico è compiuto nella persona che ci dà ministero, lo che non avviene nel primo caso. Quindi è che per acquistare il possesso da per me è necessario o il mio tatto o la mia sicura disponibilità insieme ad altra mia fisica operazione (§ 211, 212); mentre ad acquistare per mezzo di altra persona è necessaria in me solo una disponibilità relativa, e neppure come supplemento d'un attuale operar fisico che veramente esiste e si richiede in quell'altra persona, ma come anello di congiunzione creduto necessario in questo articolo onde l'attuale operazione fisica di essa persona si riportasse a me e al mio possesso (§ 242). Ora si aggiunga un altro principio, vale a dire che sempre si richiede di più nello acquistare che nel ritenere, per giusta ragione naturale e civile. E quindi deriva, che mentre nello acquistare da per me si domanda almeno, siccome or ora ricordavamo, la sicura disponibilità e qualche presente atto corporale; nel ritenere da per me si desidera solo una disponibilità

---

[1] Se il nostro comodatario ricusi di renderci la cosa dopo la nostra richiesta, e lo faccia per giusta e ragionevole causa p. e. perchè avea fatto delle spese, e non per animo di frodarci il possesso; il possesso non è a noi perduto *l. 20, h. t.* Qui però neppur si può dire che manchi la nostra presumibile disponibilità, mentre non è tale l'evento da non poter presumere un nostro futuro contatto.

meramente presumibile, che supplisca l'elemento corporale (§ 286, 287). E che mentre nello acquistare per altri ci vuole in noi la disponibilità relativa sotto il riguardo che poc'anzi ripetevamo; nel ritenere per altri non è necessaria alcuna disponibilità (§ 313). In quest'ultimo caso la facilità delle ritenzioni fa sì che per disposizione di dritto basti al mio possesso la operazione fisica altrui, come di mio istromento, senza ulteriore anello di congiunzione che di fatto la unisca a me più intimamente.

§ 315.

Quel che dicemmo, non richiedersi in noi disponibilità ne' possessi ritenuti per mezzo altrui, e non esserci questi perduti per esterni fatti che accadendo su noi turbino in qualche caso la nostra corporale azione, non si deve confondere con quelli avvenimenti esteriori, pe' quali noi cessiamo d'essere, o cessiamo di presentarci come subietti idonei a possedere. Così se moriamo, o siamo presi da' nemici, anche que' possessi si estinguono. — Quanto alla cattività si deve dire qualche cosa di alcuni testi abbastanza intralciati. Ho riservato a parlar qui non solo di testi che riguardano il possesso che il cattivo riteneva una volta per mezzo di altri, ma pur anco di testi spettanti al possesso che esso riteneva per se; onde non rompere un trattato, che è in stretto reciproco rapporto, rendendolo così oscuro, o non esser costretto a soverchie ripetizioni. Allorquando parlammo del possesso da acquistarsi per mezzo altrui, vedemmo che possesso non viene acquistato al cattivo dal servo o dal figlio di famiglia (§ 251) per la ragione che costoro non sono istrumenti al costituito in cattività. Soggiungemmo, che il possesso preso in tempo di quella cattività dal servo o figlio di famiglia non viene restituito a lui, che torni in patria, per la finzione del postliminio; mentre il postliminio non restituisce le cose che *magis in facto quam in jure consistunt*, come il possesso. Che se il cattivo muoia presso i nemici, si applica a quello stesso possesso la finzione della legge Cornelia, e crediamo che fin da

quando fu preso siasi trovato nell'eredità, se l'acquisto fatto fu dal servo, nel figlio,se il figlio aveva preso. Assegnammo la ragione: perchè cosi non costruiamo un possesso sopra una finzione, ma facciamo che per motivo di una finzione non venga tolto un possesso che senza essa sarebbe esistito. Le cose andavano a questo modo quando il servo o figlio avessero preso fuori della causa peculiare. Vedemmo, che se possesso fu acquistato in causa di peculio, in genere tal possesso nel padre di famiglia è finto; i veri estremi del possedere si richiedono e rimangono nel servo nel figlio; sembra acquistarsi al padre di famiglia col corpo e coll'animo del servo del figlio. Deducemmo, che lo stato del padrone e del padre non deve distruggere un simile possesso, e che perciò preso il possesso per causa di peculio dal servo o figlio di un cattivo non solo si applica la finzione della legge Cornelia nell'ipotesi della morte presso i nemici, ma, per l'opinione di Giuliano difesa contro Marcello e poi ricevuta, anche la finzione del postliminio nell'altra ipotesi del ritorno in patria. — Ora vediamo della ritenzione del possesso che un cattivo aveva conservato o da per se o per mezzo di altri: su di che già discorremmo in parte nel § 78. Un cittadino possedeva da per se; viene preso da' nemici. Soggetto inidoneo, com' egli è regolarmente, a possedere, perde il civil possesso (d. § 78 e § 169). Si applicheranno qui le due finzioni? Facile ormai la risposta. Se il cattivo ritorna in patria, non useremo la finzione del postliminio, che non si usa nelle cose che *in facto magis etc.*, *l. 19*, *ex quib. ca major.*, *l. 12*, *§ 2 de captiv. et postl.*, *l. 15*, *pr. de usurp. et usuc.* (d. § 78). Se muoia presso i nemici applicheremo la finzione della legge Cornelia per la stessa ragione esposta al § 251, e or ora ricordata, *d. l. 15*, *pr.*, *d usurp. et usuc.* Ma questo frammento è difficile. Dal *vers. Quod si* al fine lo esponemmo nel § 252, mentre in questa parte spetta all'acquisto. La parte che spetta al trattato presente è l'anteriore. Crede Cujacio *V*, *641*, *C. segg.*, che Paolo ivi non dica espressamente che nella ipotesi di morte presso i nemici ha luogo la finzione della legge Cornelia, ma che ciò si deve sottindere come molte altre cose sottintender si debbono in

quel frammento. A mio avviso invece Paolo lo dice espressamente. Il giureconsulto avea fatto a se stesso una difficoltà contro l'ammissione della finzione della legge Cornelia, vale a dire: Se al cattivo non gioverebbe il possesso rottogli dalla cattività nel caso di suo ritorno (non applicandosi la finzione del postliminio), come gioverà all'erede di lui (per mezzo della finzione della legge Cornelia)? Segue nel *vers. Sed verum* « Sed verum est, eum in sua vita desiisse possidere: ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. » In queste parole credo contenuta la risposta alla difficoltà e perciò l'ammissione espressa della finzione della legge Cornelia. Significa Paolo: Nella finzione della legge Cornelia non crediamo che il cattivo abbia perdurato in possesso al tempo della cattività; lo che non deve farsi in cosa che *magis in facto etc.*, motivo per cui è impedita la finzione del postliminio. Ma invece osserviamo la verità qual'è che il cattivo finì di possedere in sua vita; solo crediamo che finisse di possedere per morte retrotratta, piuttosto che per la massima diminuzione di capo come sarebbe nella piena verità (inapplicabile per la general regola romana della sospensione di stato nel cattivo), però con pari risultato.

§ 316.

Che se il cattivo possedeva per lo innanzi per mezzo altrui, di nuovo perde il possesso appena preso, come subietto inidoneo. Si adoperano qui le finzioni? È facile lo applicare le cose dette quanto agli acquisti. Se quel possesso era per causa non peculiare, allora non avrà luogo la finzione del postliminio che non appartiene a ciò che *magis in facto etc.*, arg. *l. 22*, § *3*, *de captiv.* di Giuliano; sibbene quella della legge Cornelia per le medesime considerazioni fatte quanto all'acquisto. Che se il possesso era per causa di peculio, di nuovo fu controversia fra Marcello e Giuliano. Giacchè mentre ambedue ammettevano la finzione della legge Cornelia, Giuliano, ma non Marcello, ammetteva anche quella del postliminio, *l. 12*, § *2*, *eod. tit.*, *d. l. 22*, § *3*. Ancor qui prevalse la sentenza di Giu-

liano per la solita riflessione, che nella causa del peculio si tratta di possesso meramente finto, che non dev'esser distrutto per lo stato del padre di famiglia.

§ 317.

Passiamo al più vasto trattato degli avvenimenti nella persona di coloro che ci prestano ministero. Da essi aspettiamo che ci diano istrumento del corpo, adempiano l'elemento fisico sempre necessario alla ritenzione de' nostri possessi. Pertanto riguardo agli enunciati avvenimenti il possesso nostro dura finchè non eliminino questo punto; quando lo eliminano, il nostro possesso si estingue. Venendo alle specie convien distinguere gli avvenimenti esteriori da quelli che si verificano nell'animo di dette persone. — Principiamo dagli avvenimenti esterni. Non perdiamo il possesso, se il colono, o simile, parta dal fondo coll'animo di ritornarvi, non per causa di lasciarne deserto il possesso, *l. 31, h. t.* Poichè la posizione loro verso il nostro possesso non sembra cangiata, dopo che è stato ricevuto, che nel conservare i possessi il contatto abituale sia equiparato all'attuale. Non lo perdiamo del pari se il nostro colono subaffitti, il nostro comodatario o depositario o servo ecc. diano ad altra persona in comodato o in deposito; quantunque per avventura chi prende da loro creda che essi siano i proprietarii, *l. 25, § 1, l. 30, § 6, h. t.* Il subcolono ecc. ci sono istrumento al possesso. Perchè questo errore sulla qualità della persona da cui prende non influisce punto sostanzialmente alla necessaria direzione dello agire di esso (solo caso, in cui l'errore sulla qualità della persona ha peso, mio lib. *De obligat. pag. 80 seg.*). Egli vuol certamente conservare la cosa presa per chi ne è il proprietario e ciò basta onde chi è tale possegga per suo mezzo. È per questo che in tanti frammenti, dove si tratta di possesso ritenuto per mezzo di altri, mai si richiede espressamente che questi sappiano precisamente chi sia colui a cui posseggono.

§ 318.

Altri fatti vi sono, pe' quali viene distrutto l'elemento corporale del possedere in colui che ci prestava ministero, e col cessare di essere esso nostro istrumento cessa del tutto il nostro possedere. Così se era una cosa mobile che esca di custodia del depositario. O se era cosa immobile, e chi la riteneva per noi ne fu da un terzo colla forza scacciato, *l. 1, § 22, de vi* « Quod servus, vel procurator, vel colonus tenent, dominus videtur possidere: et ideo his dejectis, ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret, eos dejectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam dejectus fuerit: mihi competere interdictum, nemini dubium est. » O se era cosa di qualsiasi natura, o mobile o immobile, e chi teneva per noi la consegna ad un altro, *l. 33, § 4, de usurp. et usuc.*; intendi per causa di sua natura perpetua onde non ostino i testi citati nel paragrafo precedente; p. e. per causa di vendita. Arriva sorprendente, che Giuliano *d. loc.* sembri annoverare anche il caso d'un creditore che la cosa pignorata dia a pegno propriamente detto. Poichè dopo aver stabilito, che se il creditore consegna la cosa ad un terzo s'interpella la usucapione del debitore, ossia finisce il possesso che costui riteneva col corpo del creditore, prosiegue « Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. » Onde sembra, che in quella antecedente proposizione trattasse del pegno propriamente detto costituito dal creditore. Rispondiamo non doversi così intendere il contesto di Giuliano. Trattando primieramente del debitore pignorante e del creditore che consegni la cosa ad un terzo, dice « similis est ei qui quid deposuit vel commodavit etc. ». Ma di questi vedemmo che perdono possesso sol quando il depositario ecc. consegni ad altri per causa perpetua. Dunque altrettanto deve dirsi della consegna fatta dal creditore. Se sia avvenuta per causa perpetua, p. e. di vendita, il possesso del debitore è finito; ma non già se il creditore affittasse o dasse a pegno. Pertanto quando il cre-

ditore dispone della cosa consegnandola, distinzione è da farsi. Ora Giuliano soggiunge le riportate parole « Plane etc. » affermando che se il creditore disponga della cosa senza farne tradizione, allora senza far distinzione si ha da ritenere costantemente salvo il possesso del debitore. Così separa questo caso da quello della consegna fatta dal creditore, dove, ripeto, conveniva far distinzione. — A quel che dissi sulle consegne per causa perpetua fa una limitazione Paolo *l. 32, § 1, h. t.* « Si conductor rem vendidit, et eam ab emtore conduxit (incontanente), et utrique mercedes praestitit: prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet. » Il conduttore non perdette il possesso naturale; riconosce tuttora il padrone pagandogli le pensioni; segue riguardo ad esso ad essere come era prima: quindi gli è tuttora istrumento. Potrebbe opporsi, che il medesimo non riconosce più dal padrone la causa del possedere, ma dal suo compratore, nel quale per costituto possessorio trasferì il possesso acquistandoglielo quasi in procuratorio nome e poi ritenendolo per esso come conduttore. Ma bene dopo il Cupero osserva Savigny *pag. 352, n. 2*, che costituto possessorio è solo allorquando chi possedeva a nome proprio comincia a possedere a nome altrui *l. 18, pr. h. t.*, e che così si trova lo scopo di questa invenzione del dritto civile. Non già allorquando alcuno nel possesso rappresentava un altro, com'è il conduttore. — Quanto alla perdita del possesso per motivo di tradizione fatta da colui che ci era istrumento pel possesso, Giustiniano introdusse qualche novità nella *l. 12, C. h. t.*, di cui parleremo in seguito.

§ 319.

In questi casi ed in altri, ne' quali colui, per mezzo del quale possedevamo, cessa affatto dal possedere naturalmente, può ben accadere che si conservi in noi stessi una disponibilità nella cosa. Crederemo per questo, che non sia finito il nostro possesso, quasi che se non più possediamo col corpo altrui possediamo però per noi stessi bastandoci quella dispo-

nibilità? Alcuni scrittori affermano, come Randa *pag. 460.* Ma urtano ne' testi, che, come vedremo, non sempre ammettono, anche salvata quella disponibilità, il perdurare del nostro possesso; e, quando pure lo ammettono, lo riguardano come una cosa anomala ed introdotta per ragioni di necessità riconosciuta. Il mio avviso sarebbe per rispondere negativamente. Infatti di qual nostra disponibilità s' intende parlare? Forse di quella che avevamo anche prima degli eventi che tolsero il natural possesso a chi c'era istrumento? Ma in primo luogo tale disponibilità non sempre in noi esisteva (cf. § 313). Inoltre allorquando noi dammo la cosa a colui che allora cominciò ad esserci mezzo di possesso, p. e. al colono al creditore al comodatario, cessammo necessariamente dal voler possedere per mezzo della nostra disponibilità ossia da per noi, appunto perchè cominciavamo a voler possedere *corpore alieno* che è in contradizione nè può mettersi insieme. Altrettanto si dica di una nostra disponibilità che può concepirsi dopo gli enunciati eventi; per esempio quando abbandonato subitaneamente il fondo dal colono o anche dall'enfiteuta, noi siamo in dritto di entrare immediatamente a guardarlo e coltivarlo. Imperocchè avvenendo tali casi per loro indole senza nostra contemporanea saputa, non si può dire che coeva al loro accadere sia in noi la volontà di seguitare il possesso da per noi stessi per mezzo di questa nuova disponibilità, non potendo volersi l' ignoto. Anzi nel tempo d' ignoranza dell'accaduto vogliamo il contrario; poichè credendo che il colono e simili siano tuttora nella loro giusta detenzione della cosa, crediamo di non potere neppure toccarla da per noi o per mezzo di altra persona che cominci a prestarci nuovo ministero; e su questa credenza si forma la nostra volontà.

§ 320.

Manca dunque il possesso da per noi stessi; sotto certo riguardo per mancanza assoluta della disponibilità necessaria, sempre poi per difetto di volontà necessariamente analoga a così possedere. Nè si dica, che quantunque manchi la volontà speciale e presente a possedere da per noi, c' è però la

volontà generale di possedere, sulla quale si può anche presumere che se sapessimo l'avvenuto vorremmo possedere in specie da per noi. Imperocchè nè quella volontà generica, nè questa speciale così presunta, bastano a possedere. Il dritto nostro, largo nello estendere l'elemento corporale, come era necessario per la naturale insufficienza del medesimo, nell'animo, che ha vasta potenza, fu regolarmente rigoroso. Non gli bastò l'animo generico; e di questa teoria, sulla quale già abbiamo fatte delle riflessioni qua e là nel nostro lavoro, trovammo una notevole diretta applicazione nel § 260. Vero egli è che a conservare il possesso ai furiosi il dritto nostro si appaga di una volontà presunta. Ma il valore e la portata pratica delle presunzioni non si devono estendere oltre i limiti assegnati dal dritto positivo. La presunzione fu stabilita e ricevuta solo nel senso, che duri quell'animo che il furioso prima del furore ebbe vero e speciale di possedere (§ 282). Mai si trova costituito, che basti assolutamente una presunzione non fondata su animo speciale precedente. Aggiungasi che nella nostra disputa manca anche l'altra grave ragione di equità che pe' furiosi è segnalata nella *l. 44*, *§ 6*, *de usurp. et usuc.* — Anche in essa disputa il dritto positivo, come anomalia e *propter utilitatem*, in certi casi di grande equità ammise, bastare quella volontà generale o presunta, e così conservarsi il possesso da per noi facendo calcolo sulla descritta disponibilità che in noi suol nascere dopo quelli eventi, e sulla volontà generale o presunta. Esaminiamoli.

§ 321.

Primieramente fu ricevuto che alla morte del colono ecc. il nostro possesso perseverasse, Paol. *l 3*, *§ 8*, Pomp. *l. 25*, *§ 1*, Afric. *l 40*, *§ 1*, *h. t.* Si osservino le parole di Paolo « animo retinebo possessionem, » espressione tecnica che esprime il possesso ritenuto da per noi senza attuale esercizio del corpo ma colla disponibilità. Africano poi dice « Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset: propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et

retineretur, et contineretur, quo mortuo, non statim dicendum, eam interpellari: sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. [1] » Dalle parole « si forte colonus... decessisset, » combinate colle altre seguenti « receptum est, ut per colonum possessio retineretur, » non dobbiamo essere indotti a credere che Africano dica la stoltezza, che il possesso dopo la morte del colono si ritenga per mezzo di esso colono, d'un morto. Contemplando l'intero contesto s'intende significare Africano, che morendo il colono, per mezzo del quale il padrone possedeva, per utilità è stato ricevuto, che, come il possesso per regola si ritiene e continua pel colono vivente, così neppure s'abbia a dire interrotto appena morto il medesimo, ma solo quando il padrone non curi (d. n. 1) di prenderlo. Il giureconsulto, proposta la questione, soggiunge in risposta il dritto ricevuto sul possesso da ritenersi nelle cose date a colonia in tutta quella pienezza, che l'*utilitas* aveagli dato. Che cioè (ripeto) non solo si ritenga e continui mentre vive il colono per mezzo di esso, ma duri anche dopo morto il colono (e qui non dice più, che per mezzo di esso) finchè il padrone non curi di prenderlo. Ciò posto, si osservi primo, che Africano nota un dritto anomalo colle parole « propter utilitatem receptum est. » Quindi, che soggiunge « interpellari.. cum dominus possessionem adipisci neglexerit: » ossia che la morte non rappresenta la fine del possesso per parte dell'elemento corporale; che, restando le cose a tal punto, l'elemento corporale non manca benchè si cangi; che perciò la estinzione del possesso può solo sopraggiungere dalla parte dell'animo. [2] La ragione di utilità fu nella troppa frequenza e nel regolar ritorno di questi casi. Accedette la considerazione, che non si presenta alcun atto volontario di chi ci era istromento, diretto alla cessazione del possesso. Sommamente poi influì la circostanza che niun altro aveva, dopo la morte del colono, occupato il fondo; così che, se non perse-

---

[1] *Neglexerit,* cioè *despexerit* positivamente il possesso; chè una semplice omissione non basterebbe (§ 284).

[2] Simile discorso notammo nella *l. 46, h. t.* § 293.

verasse l'antico possesso, avremmo vacanza. Odiosa vacanza: ad evitar la quale tanto facilmente è stato (come tante volte osservammo) riconosciuto il possesso. Per queste considerazioni non fu difficile dar sfogo alla suaccennata ragione di utilità. — Del resto appena l'erede del colono entri nel fondo, di nuovo possediamo col corpo altrui, ossia per mezzo di esso erede, Lab. *l. 60, § 1, locati.* E ciò quand'anche costui non sia colono, come dice Labeone, ossia per legge di contratto la colonia non duri oltre la vita; di modo che l'erede entri nel fondo solo per non lasciarlo incustodito. Dappoichè, ricevuto una volta che il nostro possesso non finisca per morte del colono, sarebbe stato incongruo farlo estinguere sol per questo che l'erede per mera volontà di custodire entrasse nel fondo.

§ 322.

I proculiani vollero salvo il possesso anche nel caso che il colono ecc. si dipartisse dalla cosa coll'animo di lasciar deserto il possesso.[1] Mossi dal ritornare della ragione dell'odiosa vacanza; facili essi in genere a riconoscere i possessi (§ 243). Mossi certamente anche dalla ragion di equità, che l'altrui frode e malizia non ci arrecasse detrimento; e se di servi si trattasse, dalla regola che il servo non deve far jattura al padrone. Infatti Proculo decide per la conservazione del possesso nella *l. 31, de dolo.* Ma, come bene osservano Cujacio *I*, 955, Vangerow *Pand. § 209, p. 381*, ed altri, diversa fu la sentenza dei sabiniani. Secondo il mio modo di vedere i sabiniani in questo caso, più raro di quello della morte, si tennero alla regola del non ritenere i possessi da per noi quando vogliamo ritenerli per mezzo di altri. In verità Pomponio, educato nella scuola de' sabiniani, nella *l. 31, h. t.* implicitamente, ed esplicitamente Africano discepolo di Giuliano nella *l. 40 § 1, vers. Aliud,*[2] *eod. tit.*, stanno per la perdita del possesso. Solo quanto

---

[1] Del caso, in cui il partire dalla cosa non sia da tale animo accompagnato, vedemmo § 317.

[2] « Aliud » legge bene la fiorentina. Concordano i basilici *L. 2. 40* « ἕτερον. »

al possesso finto per l' usucapione, che si concepisce in un'eredità giacente (§ 558), Giuliano credeva che non pregiudicasse il dipartirsi del servo coll'animo di lasciar deserto il possesso *l. 7, pr. pro emt.*, appunto perchè si trattava di pura finzione e non di vero possesso. Fu ricevuta dai compilatori la più equa sentenza de' proculiani quando inserirono nelle pandette i testi di Paolo e di Papiniano che avevano aderito alla medesima, *l. 3, § 8, l. 44, § 2, h. t.* Savigny mosso dalla *d. l. 3, § 8*, nega che giammai su questo articolo esistesse controversia fra le scuole; e siccome alla decisione di *d. l. 3, § 8*, trova ostare la *l. 40, § 1*, contro l' autorità di ottimi codici (ved. n. 2) vi cangia l' « aliud » in « idem. » Ma riman sempre la *l. 31*, che implicitamente ma chiaramente sta per la durata del possesso. Controversie furono; Paolo dà la sentenza ricevuta. — Però anche secondo la ricevuta opinione proculiana si deve tenere per la perdita, se si tratti di cosa mobile, che un colono del fondo ov' essa si trovasse, od altro simile, abbia avuta *pro derelicto*. Perchè la cosa comincia a stare in posizione che non si può presumere per il nostro futuro toccamento; per tal cangiamento di posizione manca la custodia, senza la quale nelle mobili cose non è disponibilità, nè possesso concepibile: cosa che nella scuola proculiana fu grandemente osservata (§ 302).

§ 323.

Che se dopo la morte del colono, del servo, o il suo dipartirsi con animo di lasciar deserto il possesso, entri un'altra persona; allora io credo, che e sabiniani e proculiani e i posteriori giureconsulti stassero unanimemente per la perdita del nostro possesso, *l. 40, § 1, vers. Sed haec, l. 44, § 2, h. t.* [1] Forse alcuno opporrà, che anche in questo caso cre-

---

[1] Quel che si legge in *d. l. 44, § 2* « non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus » va inteso nel proposto esempio della partenza del servo o colono con

diamo che duri la nostra disponibilità, poichè vedemmo che non si perde la disponibilità e il nostro possesso quando altri in nostra assenza entri nel fondo: tanto più che nel caso presente è ben facile che quel terzo entrasse nella erronea credenza che il possesso non fosse di alcuno (cf. § 295, n. 3). Rispondiamo, che quando l'occupazione succedette al fatto della morte del colono o del suo dipartirsi coll'animo di lasciar deserto, già regolarmente parlando il possesso dovea dirsi perduto pel solo fatto della morte o del dipartirsi (§ 319, 320). Se per ragione di utilità ora ambedue le scuole ora i soli proculiani ammisero, tal fatto non ostante, la durata del possesso; ciò non fu ammesso se non quando il possesso altrimenti vacherebbe. Ora se altri entrò, la vacanza non esiste, non si sente il bisogno di provvedere alla cosa d'un possessore, essendovene uno qualunque esso sia. Cessa la ragione potissima di abbandonar quella regola, la ragione precipua di anomale disposizioni. Così nel caso di consegna fatta da chi ci prestava istromento per causa perpetua, si estingue il nostro possesso quantunque possa facilissimamente accadere, che lo accipiente sbagli e creda di prender dal padrone o per volontà del padrone, onde si potrebbe presumere per la nostra disponibilità: ma torna ancor qui, che questa non basta a ritenere regolarmente i possessi conservatici da altri. e che manca la ragione della vacanza per fare un'eccezione. Lo vedemmo (§ 318) dalla *l. 33, § 4, de usurp. et usuc.* e ci torneremo sopra fra poco. [2]

---

animo di lasciar deserto, nel qual caso è vero che possesso non si perde senza il sopraggiunto entrare di un terzo. In genere vi sono altri modi di perdere il possesso ritenuto per mezzo di altri; anche col solo animo nostro (§ 313).

[2] Pertanto non mi accorderei con WINDSCHEID *§ 157, n. 3*, il quale crede che certamente non sia perduto il possesso, se « ex intervallo » e non immediatamente avvenga l'entrata d'un terzo. (Anche nel caso di entrata immediata vedremo che Windscheid terrebbe per escluder la perdita, principalmente in vista della *l. 12, C. h. t.*) Le ragioni per la perdita sono le medesime in ambedue i casi. — BRUNS *Besitzkl. pag. 117, segg.* tenta di spiegare nel seguente modo la perdita del possesso quando i nostri rap-

§ 324.

Cade qui grande quistione sulla *l. 12*, *C. h. t.* Si dubita se Giustiniano abbia mutato il dritto sopra esposto; ed abbia stabilito, che non solo non nuoccia al possesso nostro la partenza con animo di lasciar deserto per parte di chi possedeva per noi, siccome già era piaciuto ai proculiani ed ai posteriori giureconsulti, ma neppure la seguente altrui occupazione. Le parole sono « Ex libris sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscumque rei eam dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eamdem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. » Quasi tutti gli scrittori convengono nello scorgere trattati due casi: uno dell'abbandono semplice, della semplice partenza per lasciar deserto; l'altro dell'abbandono allo scopo che entri un terzo, lo che sia in realtà accaduto. Ma nella

---

presentanti lo lascino all'occupazione di estranei. Che gli assenti ritener possano i possessi *nudo animo* è ammesso nelle brevi, temporanee, e regolari assenze (lo ripete nelle *pag. 117, 118, 129, 131*); ora ciò non poteva logicamente portarsi ai possessi lasciati a quella maniera dai rappresentanti. Ma osserviamo esser falso che le brevi, temporanee, regolari assenze sian quelle che ci conservano i possessi *nudo animo* (§ 285). Inoltre breve, temporanea e regolare potè ben essere anche quell'assenza, in occasione della quale lasciammo il rappresentante. Finalmente le istesse probabilità di restituzione per parte dell' occupatore a favore del ritornante padrone, possono agevolmente comporsi tanto pel caso dell'assenza senza lasciato rappresentante che pel caso dell'assenza con esistente rappresentante, occupando un terzo il possesso nel tempo di essa assenza. — Assolutamente necessario mi sembra il ritenere, che regolarmente sono diversi i casi, in quanto che quando lasciamo il rappresentante non vogliamo possedere *nudo animo* ossia da per noi, cosicchè cessando la rappresentanza noi più non possediamo. Che in linea d'anomalia e di eccezione la cosa si rivolge talvolta nel possesso ritenuto da per noi; ma che questo non avviene se non quando il possesso si troverebbe altrimenti vacante.

estimazione della decisione imperiale discordano mirabilmente. Alcuni credono, che Giustiniano abbia provveduto al primo caso, e non al secondo che perciò rimane caso di perdita di possesso, come lo era per l'innanzi, senza alcun novello rimedio. Tali sono fra gli antichi Cujacio, Fabro, Cupero, fra i recenti Vangerow, Witte, Randa. Anche Bruns [1] si accosta dicendo, che giusta la *l. 12. C.* se si tratti di semplice abbandono non si perde possesso (« nihil praejudicii generetur »): e così anche non si perde se l'abbandono avvenne con animo che altri entrasse finchè altri in realtà non entri (anche qui varrebbe il « nihil praejudicii generetur »): ma ben si perde se un altro sia poscia entrato davvero, in questo caso la perdita avvien subito come per gius antico senza il rimedio nuovo. [2] Ma fa ostacolo, che Giustiniano dopo proposti ambedue i casi pronunci quel non doversi pregiudicare al possesso che poi ripete nel *vers. Hoc etenim.* E quanto a Bruns aggiungiamo, che, se la sua spiegazione fosse vera, Giustiniano invece di eccettuare il caso del dato mandato all'acquisto del possesso e della mancata fede, nel quale ammette il pregiudizio, avrebbe piuttosto eccepito il caso ben più prossimo, che il terzo col quale la frode era stata macchinata dall'abbandonante, fosse in realtà entrato. Osta inoltre alla opinione de' citati scrittori, che Giustiniano nel periodo penultimo della Costituzione dice, non aver esso provveduto al prender lucro per via di rappresentante infedele, ma aver bensì provveduto « ut dominus *nullo modo* aliquod discrimen substineat ab his quos transmiserit » in quanto cioè (come era il trattato) costoro recedano dal possesso. Finalmente inutile sarebbe stata la Costituzione medesima; quando già era abbastanza ricevuta, coll'inserzione nelle pandette della *l. 3, § 8*, e della *l. 44*,

---

[1] Cujac. in l. 3, § 8, 9, h. t., A. Fab. de error. pragm. IV, 2., Cuper. de possess. p. II, c. 39, Vangerow § 209, Witte p. 270, Randa p. 463, not, 7, Bruns Besitzkl. p. 109 segg.

[2] Bruns crede che un rimedio sia stato introdotto da un'altra distinta legge di Giustiniano, cioè dalla *l. 11, C. unde vi* da esso richiamata al nostro caso. Ne parleremo § 722, n. 2.

§ 2, h. t., la sentenza de' proculiani sulla conservazione del possesso non ostante quell' abbandono fatto per lasciar deserto.

§ 325.

La maggior parte degli scrittori [1] sostiene che secondo la *l. 12, C.* nè nell' uno nè nell' altro caso si estingue il possesso; di modo che allora solo si estingua, quando nel secondo caso accede la scienza del padrone il quale allora o decida di non tornare o ritornando venga respinto colla forza. Ma pur questa opinione incontra ostacoli insormontabili. Troppo è strano ed irregolare lo ammettere la durata del possesso nel secondo caso, dove neppur c' è la ragione della vacanza di possesso per accettare un' anomalia; riconoscere quella duratá sarebbe sovvertire tutta la teoria. Ed anche più sovversivo mi sembra ciò che taluni de' citati scrittori affermano, la costituzione giustinianea, così interpretata, valer anche nelle cose mobili, [2] mentre quanto ad esse neppur ci sarebbe la disponibilità, perduta la custodia. — Mi sembra indarno che Windscheid osservi, che siccome in tal caso il rappresentante non si è diportato come tale, così deve valere l' istesso che vale quando alcun rappresentante affatto non esistesse. Poichè il possesso è cosa di fatto, e perciò l' eccesso del rappresentante può ben nuocere quando di fatto per tale eccesso si rende illogico il ravvisarlo. Così se il rappresentante consegni a dirittura la cosa (ed è caso al nostro affatto prossimo), Giuliano apertamente segnala la perdita *l. 33, § 4, de usurp. et usuc.*, eppure anche lì è eccesso. Tanto vero, che, come vedemmo, in questo evento di cosa abbandonata dal rappresentante, ed occupata da un terzo, neppure vi fu dissenso fra le antiche scuole, e tutti ammisero la perdita. [3]

---

[1] Fra gli antichi GIFANIO *ad l. 12, h. t.*, MERILLIO *in 50, decis., Opp. p. II, pag. 130,* VINNIO *ad § 5, I. de interdict.;* fra i recenti SAVIGNY *p. 354 seg.,* ARNDTS *§ 143,* WINDSCHEID *§ 157,* RANDA *pag. 463, n. 7,* ecc.

[2] Così RANDA, che riconosce perdita di possesso solo quando abbia preceduto contrettazione.

[3] SAVIGNY contradice, ed invoca qui quelle dispute, che invano negava nel caso dell' abbandono semplice. La pace nel caso nostro è dimo-

§ 326.

Mi sembra che questo nodo vada sciolto nel modo seguente. Tratta in verità la Costituzione di due casi: Del semplice abbandono, e dell'abbandono diretto alla occupazione d'un terzo e seguito da essa. Giustiniano, come apparisce dalle sue parole su riferite, propone complessivamente ambedue i casi, « dereliquerit vel alii prodiderit etc. » Così potè riferire la sua proposizione alla disputa delle scuole, perchè disputa era esistita pel primo caso quanto alle cose immobili (§ 322 in fi.). Alla proposizione fatta complessivamente non si poteva, riguardate le scuole, rispondere sulla perdita o non perdita del possesso come se dubbio mai fosse esistito; appunto per la disputa agitata sopra un membro di essa proposizione. Qual mai potè essere la decisione di Giustiniano diretta a ciò, che da quei casi complessivamente riguardati al padrone non accadesse « nihil penitus praejudicii... nullo modo aliquod discrimen? » come deve intendersi, come applicarsi essa decisione affinchè non urti nelle ragioni esposte nell'esaminare le opinioni surriferite? Certamente quanto al primo caso Giustiniano favorisce i proculiani; aperta era la via dell'equità da essi prodotta per conservare il possesso. Nel secondo caso credo, che ragionevolmente Jhering *pag. 89 seq.* stimi non essere intendimento dell'Imperatore il conservare il possesso, ma bensì il restituirlo; e non già coll'antico interdetto *unde vi* mancando ogni violenza, ma con un rimedio nuovo di ricupera. [1] Questo, credo, da valere sì nelle immobili cose che nelle mobili, chiare essendo le parole di Giustiniano « cujuscumque rei. » Non mi pare buona la obiezione

strata dai testi che citammo *l. 40, § 1, l. 44, § 2, h. t.;* aggiungi la *l. 33, § 4, de usurp. et usuc.*, confessando lo stesso Savigny (*pag. 355, pr. med.*) la somiglianza del caso della consegna al nostro. Vero è che l'autore di questo testo è sabiniano, ma parla in maniera (« palam ») da togliere ogn'idea di esistenti controversie.

[1] Se questo rimedio debbasi nominare con JHERING *momentariae possessionis*, tratteremo § 731.

che fa Savigny, non trattar l' Imperatore d' introdurre nuovo rimedio. Il rispondere è facile. [2] Perchè si dice che l'Imperatore non vuole introdurre un rimedio nuovo? forse perchè non esprime la novità di esso rimedio? Ma tenendo pur conto delle orientali jattanze di Giustiniano, basta a dar loro sufficiente sfogo il trovare che l' Imperatore non manca di segnalare che esso stabilisce un dritto nuovo (« quaestionem... tollentes definimus »), nè per la mancanza di ulterior vanto si hanno a chiuder gli occhi avanti all'aperta insussistenza dell'antico possesso, o alla non men chiara inapplicabilità dell'*unde vi*. Forse che l'Imperatore stesso dice nella *l. 11*, *C. unde vi* di stabilire un nuovo rimedio? Eppure anche ivi introduceva un nuovo rimedio di ricupera, mentre era del pari inapplicabile l'*unde vi* (§ 722). Nè si opponga perchè dunque anche la nostra Costituzione non fu posta sotto il tit. *unde vi* (ved. d. § 722, fi.), ma sotto il generale *de acq. vel retin. poss.* Risponderemmo: appunto perchè trattava insieme il caso del semplice abbandono, nel quale avea luogo l'interdetto *retinendae:* per la varietà de' rimedi, che valer doveano pe' due casi, i compilatori posero la Costituzione sotto quel titolo generale, non sotto lo speciale *unde vi* nè sotto l' altro parimenti speciale *uti possidetis*. — S' intende ormai l' utilità della nostra Costituzione in tutta la sua pienezza. Imperocchè prima di essa quanto alle cose mobili in niuno de' due casi l' antico possessore avrebbe avuto un efficace interdetto; tranne (ma avanti Giustiniano § 704) l' ipotesi che il medesimo avesse posseduto per la maggior parte dall' anno contato indietro dal tempo di quelli avvenimenti. Quanto alle cose immobili ogni interdetto mancava pel secondo caso; mancava l'*uti possidetis* perchè il possesso è perduto, mancava l' *unde vi* perchè nessuna vio-

[2] Ved. JHERING *pag. 88*. Non credo però che possa adoperarsi la *l. 5*, *h, t.*, siccome esporremo § 329. Nè la costituzione di Graz. Valent. e eod. *l. 6*, *§ 1*, *C. unde vi* (*l. 2*, *C. Th. eod.*); la quale manifestamente non appartiene al possesso del pupillo o del minore, perduto per infedeltà del tutore o curatore; ma al possesso dei debitori di quello, malamente preso a questo. Così GOTOFREDO *ad d. l. 2*, e BRUNS *Besitzkl. p. 97*.

lenza era stata usata. — Lo spirito della legge di Giustiniano, lo scopo e la ragione generale da esso espressa, m' inducono a credere, che identica decisione tener si deve, se il servo il colono ecc. facciano direttamente da mano a mano consegna per causa perpetua a terza persona. Il caso è del tutto simile; [1] merita eguali determinazioni, onde possa dirsi aver Giustiniano realmente colla sua Costituzione provveduto che « nullo modo aliquod discrimen » derivi ai possessori dal recedere di coloro che avevano trasmesso alla ritenzione del possesso.

§ 327.

Ci resta a parlare degli avvenimenti che si sviluppano nell' animo di coloro per mezzo de' quali noi possediamo. In genere è da tener fermo, che come nell' acquisto così nella ritenzione dei possessi è necessario che costoro abbiano animo di esserci istrumento. Giacchè possediamo col corpo loro, dunque non senza quella volontà che per natura muove e dirige quel corpo. Nè altrimenti si avrebbe quella necessaria condizione per trasferire l' altrui corporale azione nel nostro civil possesso; qual' è che l' altro intenda tener la cosa per noi (§ 48). Conferma nella elegante applicazione che si trova nella *l. 33, § 5, de usurp. et usuc.*, di cui abbiamo spiegato una parte nel trattato del costituto possessorio. Fatta la specie di me che possedevo in b. f. ed usucapivo una cosa tua, che poscia divengo tuo debitore, e ti do quella cosa a titolo di pegno; domanda Giuliano se l' usucapione sia o no interrotta per estinzione di possesso. Distingue secondo che pegno fu contratto con tradizione o con nuda convenzione. Se con patto nudo, nega l' interruzione « quia... nullum pignus contractum videtur; » e questa è la parte che spiegammo in quel trattato. Se poi con tradizione, afferma l' interruzione, resa la ragione stessa » quia non intelligitur quis suae rei

[1] SAVIGNY *pag. 355.* — MAYNZ *§ 173, n, 10* nega senza alcuna ragione la simiglianza.

pignus contrahere. » Decide dunque che in questo caso il possesso è perduto. Seria difficoltà nasce da ciò, che noi riteniamo i possessi sulle cose date a pegno per mezzo dei creditori medesimi, coll' effetto della usucapione. E sembrava che ciò applicar si dovesse al caso, benchè il pegno fosse ininvalido; dappoichè il possesso è alla fin fine cosa di fatto; ambedue, ignoranti che la cosa è tua, siamo in animo, che tu tenga come creditore ed io come debitore possegga civilmente pel corpo tuo; nulla sembra mancare. Windscheid *§ 156, no. 3, a* chiama la decisione di Giuliano affatto sorprendente (« allerdings auffallende »). Spieghiamo piuttosto ricordando, che niuno ci è istromento pel possesso se non in quanto che voglia esser tale. Ora tu volesti essermi istromento solo ed esclusivamente come creditor pignoratizio, dunque se ed in quanto tu fossi tale. Certo non lo avresti voluto, se avessi conosciuto esser invalido il pegno per esser la cosa di tua proprietà, non avresti posseduto una tua cosa per me. Ecco la ragione per cui mancandomi l' istromento, mi manca il possesso. Per pari ragione Giavoleno nel caso di locazione fatta dall' usucapiente al padrone dice nella *l. 21, de usurp. et usuc.* « nullius momenti locatio est: quia dominus suam rem conduxisset, *sequitur ergo*, ut ne possessionem quidem locator retinuerit: ideoque longi temporis præscriptio non durabit. »[1] — Ora vediamo in specie come duri o si estingua il possesso per quelli avvenimenti nell'animo di chi ci è istromento.

[1] Giavoleno era ancora interrogato sul possessore che avesse venduto la cosa al padrone, se valesse la vendita, e se l' usucapione s' interrompesse. E risponde « in venditione idem iuris est quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit. » Espressamente equipara affatto la vendita alla locazione solo nella prima parte del quesito cioè sulla validità; ma non fa altrettanto per la seconda parte sulla interruzione dell' usucapione. Poichè in quel caso di vendita fatta dal possessore al proprietario della cosa s' interrompe bensì l' usucapione, fatta la consegna; ma non precisamente per l' identica ragione che il giureconsulto allegava pel caso della locazione, ossia perchè questa non vale e perciò s' interrompe il possesso. La locazione fatta dall' usucattore, allorchè vale, non interrompe la sua usucapione; ma la vendita fatta da esso l' interrompe

§ 328.

Per furore in cui cada il servo il colono ecc. il nostro possesso non finisce, *l. 25, § 1, h. t., l. 31, § 3 de usurp. et usuc.* Come in noi stessi basta l' animo antico specialmente determinato che si presume perseverante: così nel nostro istromento si presume durare l'antico animo, non revocato. — Questione difficile è sul volontario cangiamento dell'animo. Il colono il depositario il comodatario ecc. destinano di cominciare a possedere per loro assolutamente, nella propria piena utilità, con animo di dominare; non più pel padrone in verun conto. Forse che il padrone avrà perduto il possesso? Rimanendo sulle cose preposte converrebbe dire che lo ha perduto; appunto perchè cessa in coloro l'animo di prestarsi come istromento. Nè si potrebbe opporre che può restare nel padrone la disponibilità bastevole per conservare il possesso da per sè stesso. Il supposto non vale affatto se si tratta di cosa mobile, facile ad esser celata; essendone perduta la custodia per la *posizione* necessariamente cangiata.[1] Se si tratta d' immobile, può concepirsi quella disponibilità in quanto che può presumersi che chi ha cangiato d' animo non oserà poi cacciar colla forza il padrone che torni. Ma vedemmo, che la disponibilità in noi non basta per conservarci i possessi che finora avemmo per altrui mezzo, mançando il nostro animo analogo. Eccezionalmente si ammise talvolta il contrario; quando cioè non si trovasse affatto alcun atto avverso in colui che ci fu istromento, e costui cessasse d'esser tale per morte; e secondo i

sommamente. La propria ragione per cui s' interrompe la usucapione del vendente nel caso di vendita trattato da Giavoleno, è perchè chi compra benchè invalidamente vuol decisamente ed assolutamente tenere per sè, ha l' animo di possedere esclusivamente in nome proprio per dritto di padronanza. L' usucapione è sempre interrotta per la ragione che l'accipiente non vuol essere istromento; ma nel caso della locazione perchè manca la condizione sostanziale sotto cui lo vorrebbe, nel caso della vendita perchè non lo vuole affatto.

[1] Pel cangiamento della *posizione* non è necessaria la materiale mutazione del *sito*. Cf. § 322 in fine.

proculiani anche esistendo certi suoi atti avversi: ma, secondo i proculiani ancora, non si faceva eccezione allorchè il possesso non rimarrebbe vacante. Siamo dunque fuori dell' eccezioni. — Eppure è di dritto ricevuto, che il possesso nostro non cessi per quella destinazione di animo di chi ci era istromento. Due ragioni lo persuasero; una propria de' mobili, l' altra comune a questi ed ai fondi. La prima ragione si è, che furto col solo animo non si commette; ora vedemmo § 297 che, quando abbiamo un possessore, la perdita del possesso per altrui fatto frodolento, posto a causa di far lucro, va unita assolutamente al furto, quella perdita di possesso ed il furto sono necessariamente congiunti. Dunque se la frodolenta mutazione di animo non basta al furto, neppur basta alla perdita del possesso. E così argomenta Paolo *l. 3*, *§ 18*, *h. t.* L'altra ragione consiste nella regola: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*, *d. l. 3*, *§ 19*. Che le ragioni siano due distinte, è chiaro dal contesto di questi due paragr. della *l. 3*. Poichè avendo Paolo nel *§ 18* negata la estinzione del possesso pel semplice animo del depositario di ricusar la cosa al padrone (« inficiandi ») perchè qui non c' è furto; prosegue nel *§ 19* con parole che significano aggiunta di altra considerazione « *Illud quoque* a veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum etc. »

§ 329.

Esponiamo questa regola invocata nella *l. 3*, *§ 19*. Dopo scoperti i commentari di Gaio *(II*, *52*, *segg.)*, Savigny *pag. 62*, *segg.*, e gli altri scrittori giustamente stabiliscono, che la originale o almeno la più importante applicazione trovava luogo nella usucapione *pro herede*. Gli antichi non vollero estendere questa usucapione a colui, che avesse già o con civile o con natural possesso tenuto i beni mentre il proprietario era tuttora in vita. Per esempio se mentre viveva il padrone li avesse ingiustamente occupati ovvero comperati da un non padrone. Parimenti se ne fosse stato depositario o conduttore o comodatario. Onde Giuliano *l. 2*, *§ 1 pro herede,* applicando

espressamente a negare l' usucapione *pro herede*, dice che la regola spetta e alle civili e alle naturali possessioni. La ragione della onesta regola fu nella troppa facilità che altrimenti si sarebbe verificata nella esecuzione della frode per cui si conseguisse quella iniqua usucapione: giacchè coloro già si trovavano d' avere in mano la cosa, nè alcuna briga darsi dovevano per cercarla, per prenderla. Così intendendo la regola, si spiega esattamente la *l. 33*, *§ 1*, *de usurp. et usuc.* « Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, toties verum est, quoties quis sciret se b. f. non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere. » Giuliano è in trattato di usucapioni; ma che altri mutando frodolentemente l'animo intendesse trasferire un possesso inefficace ad usucapire in uno efficace non poteva concepirsi e trattarsi che nella usucapione *pro herede*. E concordano le parole « lucri faciendi » adoperate da Giuliano coll' epiteto di « lucrativa » dato a questa usucapione da Gaio *II*, *46*. Così ancora, per omettere altri testi, va intesa a mio parere la *l. 5*, *C. h. t.* Dioclez. e Massim. rescrivono ad un Mennone « Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquæ venditionis vitium esse prolapsum: Præses provinciæ, inquisita fide veri, dominii tui ius convelli non sinet. » Come è che si tratta di dominio sotto il nostro titolo del possesso? Cosa ha che fare colla fatti specie la regola invocata? Jhering *pag. 88 segg.* e dall' iscrizione del titolo, e dalla riflessione che troppo è chiaro il non togliersi dominio colla vendita del colono per farne obietto d' un rescritto, deduce, che in quel testo si principia a dare interdetto per ricuperare il possesso perduto per frode di ministri bastevole a tal perdita: opera perfezionata quindi da Giustiniano nella *l. 12 C. eod.* (cf. § 326). Ma troppo chiara è la parola « dominii » usata dagl' impp., e rimane inesplicata la opportunità della regola. Son persuaso che il testo debba spiegarsi per la usucapione *pro herede* in modo che, conservatene le parole, s' intenda pure la esattezza della sua situazione sotto il nostro titolo e la gravità del rescritto. Era av-

venuta la morte dell' antico proprietario: un colono, cangiata coll' animo la causa del possedere, tentò il possesso *pro herede* e la relativa usucapione annale; compito l' anno, vendette. Si domandava se l'erede del detto proprietario potesse contro il compratore esercitare la R. V. Costui si difendeva coll' usucapione perfezionata dal proprio autore, usucapione di tal natura che non bisognava di buona fede. Per decidere contro di lui fu d' uopo invocar la regola « nemo causam sibi possessionis mutare potest, » dalla quale quella usucapione era esclusa. — Tale fu la cospicua e forse la originale applicazione della regola. Ma lo stesso Savigny l' adopera in altri punti fuori della usucapione *pro herede (pag. 346)*, ed è giusta sentenza comune che essa abbia realmente altre applicazioni. Imperocchè quantunque sia vero che i naturali possessori di cose altrui cangiando animo non possano neppur pensare al lucro della usucapione tranne il caso della usucapione *pro herede* dove tal lucro potrebbe concepirsi; pure potevano colla mutazione dell' animo far danno di possesso al padrone delle cose, se non delle mobili impedendolo la ragione della non esistenza di furto (paragr. antec.), sì delle immobili. Ecco di nuovo sarebbe stata aperta una facilissima strada ad una manifesta iniquità: la regola fu agevolmente estesa. Colla quale avviene, che la mutazione dell' animo si ha per non accaduta; si finge che duri l'animo antico di chi ci prestava istromento: così perdura il possesso come era per lo innanzi; ma ora finto possesso. [1]

---

[1] Abbiamo esposte le applicazioni della regola propriamente intesa. Si trova talvolta adoperata la regola: *Nemo potest etc.* in casi estranei alle suddette applicazioni. Così nella *l. 1, § 2, pro don.* si dice, che un coniuge per mezzo del divorzio non può cangiare il possesso della cosa donatagli dall' altro coniuge, possesso inetto alla sua usucapione, inidoneo a tale usucapione; se non sopraggiunga una nuova donazione, titolo ormai giusto, dopo il divorzio: e si dà la ragione « quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. » Questo si deve riportare non a quella regola speciale, ma ad un general principio di ragione per cui nessuno può invocare un titolo che non ha, solo per aver posto un fatto indifferente alla composizione del titolo. Si può dire che sono due regole, o se si vuole

§ 330.

Tengo per fermo, che sulla regola furono pacifiche le scuole dei giureconsulti; ma non dissimulo, che dopo Savigny *pag. 346 segg.* qualche recente scrittore la pensa diversamente. Si dice, che Giuliano sabiniano la ricevette generalmente *l. 2, § 1, 2, pro her.*: ma che gli altri, cioè i proculiani, non l'ammettevano ne' possessori naturali perche la regola è concepita sul possesso, ora (si aggiunge) il naturale non è possesso vero; di modo che questi potrebbero cangiarsi in possessori civili con la mutazione dell' animo. Ed a questa seconda supposta sentenza vengono riportate le *l. 3, § 20. l. 18, pr., l. 19, § 1, h. t.* Soggiungono, che se quanto agl'immobili troviamo aver anco i proculiani tenuta la durata del possesso di fronte alla destinazione di non rendere per parte del depositario od altro natural possessore; ciò deriva da distinta regola, che cioè alla ritenzione del possesso degl' immobili basta il solo animo del possessore: nei mobili aver avuto luogo quella opinione proculiana. E questo (proseguono) dovette anche essere in rapporto colla sentenza de' proculiani sul furto, che possa essere anche senza contrettazione, mentre i sabiniani giudicavano pel furto indispensabile la contrettazione: onde quelli ammisero, questi negarono nel caso della mutazione di animo e furto e perdita di possessione. Che poi realmente i proculiani riconoscessero precisamente ne' mobili perdite di possesso pel mutato animo dicono direttamente dimostrato dal testo nella *l. 47, h. t.* ove Nerva proculiano lo dice espressamente, nella *l. 67, pr. de furt.* ove si crede ripetuto da Celso parimenti proculiano, e nella *l. 20, h. t.* di Marcello perpetuo censore del sabiniano Giuliano.

---

due posizioni di una regola universale: una chiarissima e convenientissima alla natura dei titoli e de' possessi diretti ad usucapire, che cioè non si possa invocar titoli che non esistono; e l' altra, che è la nostra, speciale ed introdotta per evitare certe iniquità.

§ 331.

Ma in primo luogo niuna disputa fu sul concetto del possesso naturale; e tutti ammettevano, che esso non vien detto possesso quando questa parola si prende antonomasticamente, ma è detto possesso nel senso generale e pieno della parola medesima. Onde nessuna scuola poteva più d'un'altra prendere da questo punto ragione di trarre il possesso naturale fuori della regola *Nemo potest etc.* Venendo poi più da vicino alla regola stessa non credo che i quattro testi invocati primieramente valgano punto a costruire una disputa di giureconsulti riguardo ai possessori naturali. La *l. 2*, *§ 1, 2*, *pro her.* è di Giuliano, ma non tutte le cose che abbiamo da Giuliano sono esclusive per la scuola de' sabiniani; e nel *§ 2* si fa applicazione della regola onde non cangiare i naturali possessi in civili sull'autorità di Servio Sulpicio giureconsulto anteriore alla origine delle due scuole. Gli altri tre testi hanno autori non sempre proculiani; di Paolo è la *l. 3*, *§ 20;* la *l. 19*, *§ 1*, è di Marcello, personale avversario a Giuliano, ma non perciò proculiano, come in seguito più largamente esporremo. Nè cosa alcuna proferiscono contro la piena applicazione della regola; ma solo applicano le tesi, delle quali tratteremo in seguito, non valer la regola quando si trasferisca un possesso civile in naturale (*l. 18*, *pr.*), cessar sempre la regola medesima quando all'animo acceda una qualche causa estrinseca, e ciò più facilmente verificarsi allorchè si tratta di mutare un possesso civile in naturale di quello che quando si tratta di mutare un civile in altro civile (*l. 3*, *§ 20*, *l. 19*, *§ 1*). Quest'ultimo per quella ragione, che veramente il possesso naturale in qualche senso (nell'antonomastico) non vien detto possesso, di modo che la regola concepita sul possesso più facilmente si scostava sotto l'impulso principale di quell'altra ragione dell'accedente causa estrinseca. Onde l'opportunità dell'ammonizione nella *l. 2*, *§ 1*, *pro herede;* che però nella regola in massima per possesso s'intenda anche quello na-

turale.[1] In fine la regola è tanto giusta anche nel senso di non far cangiare il possesso naturale in civile allorquando tutti esistano i generali estremi della medesima, che niuno de' giureconsulti poteva aver coraggio di ricusarla sottilizzando. Ed appunto dalla regola riconosciuta anche ne' naturali possessori, conchiudevano anche i proculiani alla durata del possesso di un fondo se il natural possessore, per mezzo del quale possediamo, costituisca di non rendercelo. Poichè l'altra spiegazione data da Savigny, perchè il possesso degl' immobili dura col solo animo nostro, non è punto vera secondo le cose esposte § 299 segg.

§ 332.

Non meglio suffragano agli avversari gli altri testi citati in ultimo, dai quali tentano dedurre che precisamente nelle cose mobili i proculiani ravvisavano perdita del possesso, e ciò per essere consentanei alle loro viste sul furto che si commettesse senza contrettazione. In verità dal principio sabiniano, ma ricevuto, che furto non sia senza contrettazione, abbiamo preso una delle ragioni per la negata perdita del possesso delle cose mobili nella nostra questione sulla mutazion d'animo di chi prestava istrumento. Ma credo, che su questo punto i proculiani dovevano arrivare alla stessa conchiusione, benchè diversa fosse la loro opinione sul furto. Questa opinione non importava, che p. e. al depositario si acquistasse il possesso per solo suo diniego (*inficiatio*), o si perdesse con questo solo al deponente. Infatti vediamo fin dove i proculiani furono condotti dall'opinione medesima. I proculiani ammet-

---

[1] SAVIGNY *pag. 66* su questa *l. 2* forma un argomento per la sua intelligenza del possesso civile e naturale; quasi che Giuliano significhi, che non solo colui il quale già principiò l'usucapione non può cangiare la causa del suo possesso, ma anche colui il quale ancora non usucapiva. Ma il testo non prova tutto questo, appunto perchè si presta fluidamente ad altra interpretazione, a quella data da noi. Anche Savigny *pag. 56* ammette lealmente che Giuliano può essere inteso in modo diverso da quello proposto da se stesso, e confessa che questo suo argomentare non è sicuro.

evano furto senza contrettazione perchè nel furto ravvisavano non altro che un clandestino toglier la cosa per causa li far lucro: onde l'etimologia di Labeone « Furtum a furvo, d est nigro, dictum Labeo ait, quod *clam*, et obscuro fiat, et plerumque nocte » *l. 1, pr. de furt.* Da questo pensiero furono portati alle seguenti conseguenze. Primo, che anche negl'immobili ammisero furto. Secondo, che se la cosa anche mobile fosse stata tolta non *clam* ma a forza, negarono l'azione di furto e la *condictio furtiva*, *l. 25, § 1, de furt.* (§ 377). Per l'averso Sabino, che nel furto vedeva una contrettazione frodolenta, oltre che propose un'etimologia analoga « vel a fraude, ut Sabinus ait » *d. l. 1, pr. de furt.*, in dritto non riconobbe furto negli immobili,[1] ne' mobili presi a forza dètte azion di furto e *condictio furtiva*, *l. 10, § 1, de c. f.*, *l. 38, de usurp. et usuc.*, *l. 25, pr. de furt.*, *l. 2, § 26, vi bon. rapt.*, *§ 7, I. de usucap.*, *pr. I. de vi bon. raptor.* Ora l'enunciate conseguenze della sentenza de' proculiani non potevano certo avere influenza alcuna presso i medesimi nella presente nostra questione. Altra conseguenza della stessa proculiana sentenza fu che pe' suoi autori furto si concepisse contro un possessore anche senza un proprio acquisto di possesso nel ladro, ossia senza la contret-

---

[1] Non pochi scrittori credono pel famoso luogo di GELLIO *N. A. XI, 18*, che Sabino fosse fra gli antichi i quali ammettevano furto in immobili, anzi che egli di tale opinione fosse l'autore. Ma ha ben dimostrato il DIRKSEN *Beitr. zur Kunde des röm. Rechts, pag. 169.*, che invece Sabino tenne l'opinione contraria. Certo Gellio non dice, che Sabino fosse nella sentenza di ammetter furto negli immobili, ma solo che tal sentenza di antichi poteva leggersi con altre cose nel libro *de furtis* di Sabino. Infatti è in primo luogo improbabile, che Gajo del suo Sabino parli dicendo « *quorumdam, eorum* sententia » *l. 38, de usurp. et usuc., comm. II, 51*: nè s'intende perchè ed in quale occasione il ristretto concetto, che i più antichi avrebbero avuto del furto, si sarebbe slargato in epoca d'inoltrata giurisprudenza per poi, abolita tal sentenza, ritornare a quelle più antiche vedute. Aggiungi come l'opinione che nega furto negl'immobili sia in armonia colle altre vedute che sul furto ebbero i sabiniani a differenza dei proculiani, da noi esposte nel testo sui frammenti de' giureconsulti, nonchè con altra sentenza di Sabino sulla usurpazione d'immobili, di cui parleremo al § 375.

tazione. Ma neppure da ciò può dedursi, che dunque i proculiani ammettevano che furto si facesse col solo diniego di cui parliamo. Anzi non poterono riconoscer furto nel depositario ecc. che destini di non rendere, se non accedesse una di quelle fisiche azioni colle quali almeno un improprio acquisto di possesso si costruisce. Non dobbiamo lasciarci sorprendere dal trovare nella *l. 3*, *§ 3, h. t.* quel detto di Proculo e di Nerazio « solo animo nos posse acquirere possessionem si antecedat naturalis possessio. » Che non vuol dire acquistarsi possesso civile e commettersi furto da uno, il quale già fosse possessor naturale della cosa, col solo animo. Mentre le parole « naturalis possessio, » come dal contesto apparisce, significano in quel frammento l'azione fisica idonea ad acquistare il possesso (§ 101). Non esser necessario che dessa incominci nuovamente allorquando principia l'animo di possedere; poter essa precedere purchè esista tuttora in questo tempo (§ 230). Così pel tesoro Proculo e Nerazio riconoscevano il rapporto fisico idoneo all'acquisto del possesso nel solo suo esistere nel fondo, e perciò riconoscevano l'*acquisto* medesimo appena cominciasse l'animo, senza che nuocesse che quel fisico rapporto non principiasse insieme ma fosse più antico, mentre pur durava in questa epoca in cui l'animo incomincia, *d. l. 3*, *§ 3*, (§ 219). In somma anche i proculiani volevano una presente fisica azione al tempo dello acquistare in qualche modo il possesso, e perciò la volevano anche nel furto. Una prova diretta è nella *l. 67*, *pr. de furtis* di Celso, uno de' capiscuola proculiani. Esso nega apertamente, che col solo diniego del deposito si faccia furto « Inficiando depositum, nemo facit furtum; » precisamente come lo negano Papiniano e Paolo *l. 55*, *mand.*, *l. 1*, *§ 2*, *l. 52*, *§ 19*, *de furt.* Colla sola differenza che Ulp. *d. l. 52*, *§ 19*, rende la ragione nella mancanza di contrettazione, ma Celso proculiano la rende più generale « nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est. »[1] E costante a se stesso, Celso prosegue « Sed si possessionem ejus adipiscatur, facit furtum; » ossia

[1] La ragione dell' ultimo inciso viene da noi esposta nel d. § 375.

ammette l'esistenza del furto, se si acquisti possesso con qualunque di que' fisici rapporti co' quali simili acquisti si formano. Finalmente Celso dice « Nec refert, in digito habeat annulum, an dactyliothecam, quem, cum in deposito teneret, habere pro suo destinaverit. » Quest' ultimo periodo ha dato luogo a varie interpretazioni. Averanio *Interpret. jur. I, 28, § 12* intende per due esempi di furto commesso; Savigny per converso *pag. 347* per due esempi di furto non commesso. Io credo che nè vi si ammetta nè vi si neghi assolutamente l'esistenza del furto. Secondo me il giureconsulto significa, che in ambedue i casi applicar si deve egualmente la teoria, ed ora riconoscere ora negare il furto secondo che esista semplice diniego ovvero ci sia qualche azione fisica. E ragionevolmente lo ammonisce; perchè, quantunque la teoria sia sempre l'istessa, diverse pe' due casi ne sono le applicazioni. Poni che l'anello si trovasse nella deposta *dactyliotheca*:[3] furto non avviene per semplice diniego; è d'uopo che il depositario tocchi ancora, o secondo la sentenza proculiana si ponga in altro modo coll'anello in rapporto fisico per se atto all'acquisto del possesso. Perchè può la *dactyliotheca* al momento del diniego medesimo trovarsi verso il depositario fuori di simile rapporto. Ma poni che il depositario già per ragion di custodia tenesse l'anello nel dito, allora appena quel diniego avvenga, è furto senz'altro perchè il rapporto fisico è pronto. Così è dimostrato, che i proculiani non vedevano furto nella semplice mutazione d'animo del depositario e simili; onde non poterono da questo punto essere indotti a riconoscervi perdita del possesso di cosa mobile nel possessore antico.

§ 333.

Com' è dunque, che Nerva il figlio sosteneva perdersi il possesso de' mobili se il depositario o comodatario costituisse

---

[3] Questa parola, che pur essa ha servito a turbare gl' interpreti, vuol dire astuccio per anelli. Δακτυλιος anello da δακτυλος dito: θηκη astuccio

di possedere affatto per se e di non rendere, *l. 47, h. t.?* Credo che questa non fosse risoluzione dell'intiera scuola de' proculiani, siccome si persuade il Savigny. Appunto perchè neppure secondo tale scuola sarebbe furto, e perchè la nostra regola *nemo potest mutare etc.* anche nelle vedute della scuola medesima riguardava pure i possessori naturali. Credo che quella fosse una singolare opinione di Nerva figlio. Come accade; esso autore o espositore della massima che il possesso de' mobili non si ritenesse senza la custodia, *l. 3, § 13, h. t.* per amore di questa l'applicò eccessivamente. Non badando che nel caso l'applicazione della massima, benchè vera, era impedita dalle altre regole, che non esisteva furto, e che *nemo potest mutare etc.* Onde credo, che su questo punto Nerva fosse abbandonato anche da' suoi proculiani. Questa congettura non viene distrutta, ma anzi è confermata dalla *l. 3, § 18, h. t.* dove è citata da Paolo l'autorità di Sabino e di Cassio nello stabilir la perseveranza del possesso anche ne' mobili dopo la mutazione di animo del depositario. Poichè Paolo si esprime « *Plerique* veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt. Dunque non contradiceva l'intiera scuola de' proculiani, ma Nerva e forse qualch'altro de' suoi più ossequenti discepoli. Perciò Paolo rende così la ragione « quia furtum sine contrectatione fieri non potest (sentenza di Sabino e di Cassio), nec animo furtum admittatur (sentenza generale anche de' proculiani). » Potrebbe domandarsi perchè Papiniano in *d. l. 47* riportando quella speciale opinione di Nerva non la condanni. In primo luogo tal riflessione non potrebbe far mai argomento pe' nostri avversari, giacchè proverebbe troppo; mentre sulla ricevuta sentenza de' sabiniani sopra il furto Papiniano certamente nella fatti specie non ammetteva esistenza di questo, dunque neppure perdita di possesso. Inoltre la condotta di Papiniano spiegarsi deve nel modo seguente. Mente di Papiniano era quella di riportare la massima di Nerva che il pos-

---

da τιϑημι pongo. Onde l'epigramma del satirico contro colui che mai abbandonava i suoi anelli « causa quae sit quaeritis? — Dactyliothecam non habet. »

sesso delle cose mobili si perda colla perdita della custodia, nonchè l'eccezione riguardo al servo, (tutto consono alla verità), e finalmente conchiudere del proprio « Igitur earum rerum quae ratione vel animo carent, confestim amittitur possessio: homines autem retinentur, si revertendi animum haberent. » Si serve solo, come per apertura del discorso, di quell'altra opinione di Nerva, quindi più non se ne occupa. — Restano a spiegarsi gli altri due testi sui mobili, che ci vengono opposti. La *l. 20*, *h. t.* è così concepita « Si quis rem quam utendam dederat, vendiderit, emtorique tradi jusserit, nec ille tradiderit: alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret? » Sembra dunque che faccia dipendere tutto dall'animo di defraudare, e, questo esistendo, dica perduto il possesso. E notano gli avversari, esser questo frammento di Marcello inimico del sabiniano Giuliano, dunque rappresentante una teoria proculiana. Ma non credo, che per una inimicizia tutta personale Marcello, giureconsulto non appartenente a setta alcuna, avrebbe potuto recedere da sentenza non speciale di Giuliano, ma supposta comune a tutti i proculiani. Tanto più che all'età di Marcello finite erano le scuole, e, confessandolo gli avversari stessi, era fermata la opinione sulla durata del possesso. Solo resterebbe Marcello nella contraria opinione ormai condannata da tutti; e così per rancore a Giuliano renderebbe se stesso ridicolo. Spiegherei il testo riflettendo, che Marcello parla di negato consegnare e rendere cosa presente. Presente la cosa, fu dimandata la restituzione, e negata dal comodatario che ritrasse la cosa stessa dalla apprendente mano del padrone. Perciò v'era in questo stesso ritrarre la contrettazione; sufficiente per far cessar la regola *nemo potest mutare etc.* che fallisce quando oltre l'animo vi sia un'altra qualsiasi estrinseca causa. Questa congettura trova nel testo facile appoggio, mentre non vi si parla di mera costituzione d'animo, ma di non fatta tradizione, di non fatta

restituzione. È poi validamente confermata dal confrontare il nostro testo colla *l. 12, de vi.* Marcello stesso parla in questo frammento del colono che abbia proibito dallo entrar nel fondo colui che avea dal padrone comprato, e perciò dell' interdetto *unde vi* da darsi contro il colono medesimo. Si ripete sul fondo la specie stessa, che sulla cosa mobile è fatta nella *l. 20.* Si adoperano due volte le negative parole « non admisit » come in *d. l. 20* « nec tradiderit... non redditur. » Nello sciogliere la questione si arreca l'esempio stesso del padrone al quale fu negata la restituzione. Si propone la stessa osservazione « nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset. » L'autore è il medesimo; l' istesso suo libro, *liber 19 digestorum;* fu certamente contestuale il trattato de' due frammenti; quella circostanza della presenza, che figura apertamente nella *l. 12*, era pure nella *l. 20.* — De' testi che ci sono opposti resta la *l. 67, pr. de furt.* Ma di questa già dimostrammo che anzi espressamente dice, che col solo diniego del deposto non si forma il furto, essere necessario inoltre nel ricusante un qualche atto fisico idoneo ad acquistare il possesso.

§ 334.

Abbiamo provato che la nostra regola *nemo potest mutare etc.* fu dalle scuole tutte riferita a tutti i possessori ed a tutte le cose. Ora per finirne il trattato aggiungiamo che essa ha le sue giuste limitazioni. — Cessa la regola allorquando la mutazione non importa allo stesso mutante lucro d'usucapione, nè danno di possesso al possessore antico, ma anzi danno allo stesso mutante; poichè mancano evidentemente le ragioni della regola medesima. Ciò avviene se costui cangi il proprio possesso civile in naturale, lo che si fa nel costituto possessorio. Tanto più che accede il consenso dell'altro, di cui è toccato l'interesse da tal mutazione, *l. 18, pr., l. 19, pr. h. t., l. 6, pr. pro emt., l. 6, § 3, de precar.* [1] Altrettanto deve dirsi

---

[1] Vedi anche *l. 22, pr. de precar.*

della specie della *l. 10, si pars hered. petat.* di Papiniano. Un tale *gessit negotia* d'un'eredità, e cominciò a diventar debitore. Non è perciò tenuto colla H. P., perchè non possiede nè *pro herede* nè *pro possessore.* Poni, che d'un tratto egli faccia controversia d'eredità; allora sarà come *juris possessor* tenuto con quell'azione. Mutò a se stesso la causa del possesso senza che ostasse la regola mentre il cangiamento importò che potesse esser tenuto con un'azione mentre prima non lo era. [1]

§ 335.

In secondo luogo la regola non ha luogo se, pur derivando lucro in chi cangi consiglio, manca però la volontà frodolenta; appunto perchè la regola fu introdotta contro le frodi. Così se alcuno muti l'animo in seguito dello aver comprato da chi era realmente od era da lui creduto il padrone, *l. 3, § 20, h. t., l. 32, pr., l. 33, § 1, de usurp. et usuc., l. 6, § 1, in fi. de precar.;* o dello esser stato erede al padrone o di aver preso la *bonorum possessio* sul patrimonio di esso; ovvero dello aver avuto giusto motivo per credersi erede o *bonorum possessor, d. l. 33, § 1, de usurp. et usuc.;* [1] o dello aver ricevuto donazione dal padrone *d. l. 3, § 20, h. t., l. 2, § 21, in fi. pro emt.;* o d'aver subíto la *litis aestimatio* (simile alla vendita *l. 3, pro emt.*) *d. l. 2, § 21, pro emt.;* o di aver prima preso in affitto una cosa propria per ignoranza ed errore, e poi riportata vittoria in giudizio sulla proprietà, *l. 23, C. de locato.* [2] In tutti questi casi è ammesso il cangiamento, in modo che si possa ne' termini abili usucapire *pro emto, pro herede, pro donato.* Altro elegante esempio presso Gajo *II, 60.* La *fiducia* si contraeva ne' pegni ed anche nel deposito. Poteva il padrone colla *usureceptio* ripigliarsi il dominio anche sapendo che la

---

[1] Add. *l. 13, § 12, de H. P.*

[1] È necessaria per lo meno la dimostrazione d'un titolo putativo colla prova d'una giusta causa di errore sulla esistenza del titolo vero. Simil cosa vedremo sul requisito del titolo nelle usucapioni § 532.

[2] Cf. Cujac. *IX, 413, B.*

cosa era diventata altrui. Poniamo, che l'antico padrone prenda in affitto o a precario dal nuovo: potrà egli *usurecipere?* Per arrivare a questo converrebbe che egli colla destinazione dell'animo si mutasse la causa del possedere, mentre senz'animo di dominare non v'è usucapione di sorta. Gajo distingue. Se la fiducia fu fatta per causa di deposito, è ammessa l'*usureceptio*; mentre niuna frode può ravvisarsi laddove non si procaccia altrui ingiusto danno nè a se ingiusto lucro. Se fu fatta per causa di pegno, non è ammessa prima che il debito sia pagato; perchè frode sarebbe.[3]

§ 336.

Finalmente la regola cessa se non si tratti di semplice mutazione di animo ed analoga espressione di diniego,[1] ma acceda estrinsecamente un'altra causa di possedere *l. 19, § 1. h. t., l. 5, C. eod.* Sia che tal causa sopraggiunga in buona fede, come ne' casi surriferiti di compra, di donazione,[2] di successione ereditaria ecc.; sia che in mala fede. Come se azione fisica sopraggiunga, idonea a costruire il furto; ossia secondo la ricevuta sentenza la contrettazione, *l. 3, § 18, h. t., l. 1.*

---

[3] Add. § 519, segg.

[1] Qualche autore accenna che il diniego (« inficiatio ») di chi si presta istrumento al possesso è causa del perderlo (cf. WINDSCHEID § 157, n. 4). A torto: poichè quando gli autori del dritto parlano di mutazione di animo non intendono riportarsi alla coscienza, e suppongono un'espressione, che appunto nel diniego ritrovasi per ordinario. Inoltre se la « inficiatio » non produce furto *l. 67, pr. de furt.*, dunque neppure perdita del possesso, che ne' nostri aggiunti (§ 297) è indivisibile dal furto, *l. 3, § 18, h. t.* Inoltre osta la *d. l. 10, si pars hered. petat.* ove Papin. nega l'applicazione della regola *nemo potest etc.* non in vista della mera « inficiatio » ossia della mera controversia d'eredità, ma dell'altra considerazione da noi esposta nel § 334. Osta ancora la *l. 23, C. de loc.*, dove, affinchè il conduttore toglier possa il possesso al locatore, gl'impp. desiderano che egli abbia vinto: e non basta loro che « de dominio cœperit contendere. » Finalmente i testi per la esclusione della regola vogliono una *causa* che estrinsecamente acceda; e tal non può essere la voce del negante.

[2] Ivi sembra, per via di finta tradizione, che si riprenda dalle mani del padrone per nuova causa di possedere.

§ 2, de furt.[1] Così ancora se si aggiunga la esclusione per via di fatto o del padrone o di chi da esso aveva comperato *l. 12, l. 18, pr. de vi.* Infine ogni qualvolta « quis dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit » *d. l. 19, § 1.* Imperocchè è sempre vero, che non ci troviam più nella semplicità del mutato animo che presenta quell'infinita facilità di frodare a cui volle resistere la regola. È da osservare, che la mutazione per causa estrinsecamente accedente è ammessa più agevolmente da possesso naturale in civile, che da civile in civile, *l, 3, § 20, h. t., l. 33, § 1, vers. Cum haec igitur, de usurp. et usuc.*; la ragione fu spiegata nel § 331. — Conchiudendo nella nostra questione: Se il depositario il colono ecc. mutino l'animo in buona fede, od anche collo accedere estrinsecamente di qualche causa delle su esposte, allora è perduto il possesso del padrone. Perchè cessa la regola *nemo potest sibi etc.*: e cessa anche nelle mobili cose la ragione del deficiente furto. Dappoichè se la mutazione dell'animo si fa in buona fede, questa ragione è del tutto fuori di proposito: il furto è congiunto alla perdita di possesso, di modo che negato quello debbasi negare pur questa, solo allorquando l'atto che attacca il possesso sia frodolento; fuori di tale ipotesi può benissimo esservi perdita di possesso e non furto. Se poi quell'estrinseca causa fu ingiusta e di m. f., idonea perciò a costruire il furto, allora esiste furto ed è ragione nei nostri aggiunti per stabilire la estinzione del possesso.

---

[1] Questa suol essere significata ne' testi colle parole « occultare, de loco movere » dimostrativamente; perchè contrettazione può essere realmente anche senza mozione del luogo. Quelle espressioni sono preferite, perchè manifestano da per loro il consiglio frodolento. Cf. anche § 221, 228.

CAPO SETTIMO

Effetti del possesso.

§ 337.

Dicono gl' inglesi: « Possession is nine points of the law. » I nostri antichi interpreti rincarano, ed il catalogo degli effetti giuridici del possesso protraggono in maniera, che da taluno ne è portato il novero fino a settantadue. Però due osservazioni debbono farsi onde evitare siffatte esagerazioni, e renderle così evidenti che su la massima parte neppure entreremo in discussione speciale. Prima, che gli effetti giuridici del possesso nulla hanno di comune con quegli effetti che derivano di fatto spontaneo e naturale dalla stessa indole del possesso, come sarebbe il godimento della cosa posseduta. Seconda, che effetto del possesso è solo ciò che dal possesso, ossia dalla considerazione fattane dal gius positivo, viene prodotto: lo che non è da confondere coi casi ne' quali il possesso entra solo come condizione necessaria; ma si limita agli altri dove il possesso, e non altro, fu il principal pensiero degli autori del mentovato dritto positivo nello introdurre un istituto (§ 100). — Quindi è che l'usucapione è certamente effetto del possesso, perchè introdotta direttamente a tutelare lo stato di fatto, creato dal possesso (§ 52). E che per l'usucapione altri requisiti si domandino oltre il possesso, non deve turbarci; siccome mostrano esserne turbati Maynz *§ 166, n. 5*. Sintenis *Vom jurist. Besitz, Zeitschr. von Linde VII, pag. 252. 259*, e Randa *pag. 91*. Poichè sempre rimane, che l'usucapione

nel suo concetto, nella sua ragione di essere, dal possesso principalmente dipende, ossia dal diretto pensiero che del possesso ebbero le leggi: e gli altri requisiti, senza i quali non può esser messa in pratica, sono alla lor volta semplici condizioni necessarie e nulla più. Alla usucapione qui si accosta la *praescriptio longi temporis*, che presta eccezione contro la R. V., supplemento della usucapione. — Altro effetto del possesso sono ancora gl' interdetti introdotti direttamente per regolarlo, ed aventi in esso e ne' suoi rapporti la principal causa dell'origine loro (§ 54 segg.). Anche in essi troviamo domandati altri estremi per metterli in pratica, p. e. l'esercizio della forza. Ma torna, che questi non figurano che come mere condizioni e non altro: onde credo che a torto il Sintenis *loc. cit.* in vista di questi altri estremi sostenga esser gli interdetti effetto del possesso, solamente relativo e mediato. Mediata difesa del possesso sono piuttosto veramente quelle *in integrum restitutiones* e *condictiones*, delle quali parleremo § 369, segg.; perchè sursero per altre considerazioni dalla mente del pretore e della giurisprudenza, e si applicano al possesso solo accidentalmente.

§ 338.

Questi due e non altri credo che siano veri effetti del possesso. Si può disputare se lo sia pur anco quell'acquisto immediato di dominio che ha luogo per mezzo d'acquisto di possesso ossia con occupazione e con tradizione. Ma veramente il principale pensiero che vi domina sta in più alti principî; sta in ciò, che le cose *nullius* ceder debbano al primo occupante; in ciò, che il padrone vuol trasferire la cosa propria in altri per virtù della sua padronal potestà. Il dritto romano suol richiedere ne' passaggi di dominio la materiale apprensione per giuste ragioni *l. 20, C. de pact.*: ma essa è necessaria condizione, è cooperatrice immediata dell'acquisto di dominio, non principale ed intima cagione del medesimo. Appunto colla riflessione, che per mezzo della presa di possesso si soddisfa ad un necessario requisito, si spiega quel che leggiamo acqui-

starsi per mezzo del possesso il dominio, *l. 20, § 2, de a. r. d.*, *§ 5, I. per quas pers. cuique acq.* — Anche il dritto, che ha il possessore di respingere colla forza l'ingiusto invasore, non può dirsi propriamente effetto del possesso; perchè deriva da più alto e complessivo pensiero. Non risulta dalla natura speciale del possesso, ma è unito ad ogni posizione difesa dal dritto, sia che abbia la forma del possesso sia che un'altra qualsiasi purchè abbia gli estremi di fatto abili a tale difesa. — Escludiamo del pari dal novero degli effetti del possesso il dritto delle ritenzioni; come quello che ha vera ragione in altre considerazioni or di dritto or di equità, come largamente esporremo § 385 segg. Il possesso v'entra solo come un dato di fatto per metterlo in esercizio.

§ 339.

Neppure può dirsi che un vero effetto del possesso si trovi in ciò che il possessore vinca ne' giudizi se il petitore non provi il proprio dritto. Anche questo non è ai soli possessori concesso, ma a tutti i rei convenuti in giudizi anche personali, pure in quelli dove niun possesso si concepisce, p. e. nei diretti alla prestazione di un fatto (*ad faciendum*). In verità la ragione di quel benefizio non sta nel possesso per se; ma in ciò, che il reo convenuto non deve provare, bensì deve provare l'attore *l. 21, de probat.* Che ne godano i possessori, è una semplice applicazione della enunciata regola alla R. V. ove regolarmente agisce chi non possiede contro chi possiede. — Tanto vero, che se talvolta avvenga, che con un'azione reale agisca colui che possiede, non per questo è esonerato dall'obbligo della prova. Poichè quantunque il pretore abbia dato peso alla considerazione che lo *statu quo* del possesso non debba esser mutato da altri finchè non provi il proprio dritto (§ 55 seg.), lo ha dato solo di fronte alle vie di fatto, e nelle antiche *vindiciae* quando non era il peso della prova assegnato ad uno dei litiganti (d. § 55, § 664). Ma non nel campo de' giudizi dell'epoca posteriore, in modo che chi possiede abbia ad essere esente dalla prova del suo diritto anche

quando, assumendo le parti d'attore, cada sotto la regola processuale che chi agisce deve provare. Punto è questo molto importante, che dobbiamo mettere in luce: poichè se valesse in contrario, sarebbe falso il nostro assunto, e la esenzione dell'onere di provare dir si dovrebbe effetto vero del possesso. — Vedemmo un caso in cui agisce colla R. V. chi possiede (§ 164): ma se questo caso è segnalato nel *§ 2, I. de action.*, mai però troviamo alterata in esso la regola che l'obbligo della prova spetti all'attore. — Nelle azioni relative alle servitù, la confessoria si dà anche a colui che è tuttora nel quasi possesso o esercizio della servitù contro chi non possiede liberamente la cosa propria; come la negatoria si dà anche a chi gode liberamente della cosa propria contro quello che non è nel quasi possesso, nell'esercizio della servitù, *l. 5, § 7, si ususfr. petat.*, *l. 6, § 1, l. 8, § 3, l. 9, pr. vers. Sed si quidem, si serv. vindic.* (§ 450). Nell'uno e nell'altro caso credo che l'attore debba provare pienamente ciò che asserisce.

§ 340.

Quanto alla confessoria, che debba provare chi agisca benchè sia nel q. possesso o esercizio della servitù, è meno contestato. Infatti Ulp. *l. 10, pr. si serv. vind.* parlando di quello che col quasi possedere una servitù è arrivato alla prescrizione, e dandogli un'*actio utilis* (§ 445), insegna in che consista la prova ch'ei deve fare, e dice che deve dimostrare gli estremi della prescrizione; senza punto far cenno che nella specie prima di agire egli avesse perduto quel q. possesso che da molti anni si era in lui stabilito. Vedremo l'istessa tesi provata nella *l. 7, de aq. quot. et aest.* (§ 345). La differenza, che corre fra il caso in cui agisca chi non sta nel q. possesso della servitù ed il caso in cui agisca chi vi si trova, è che nel primo possono venire frutti nella condanna, ma non nel secondo *d. l. 5, § 7. si ususfr. pet.*; non altra che riguardi la prova. Sappiamo, che Cujacio tiene altra sentenza *VII, 871, D.*, forse un poco invitato dalla nota sua disposizione a criticare Accursio nostro. Egli allega la

l. 8, § 3, si serv. vind.: ma Ulp. intende di dir solamente che chi è nel q. p. della servitù non si trova nella necessità di agire colla confessoria, ossia le parti di petitore non sono necessarie in lui come lo sono in chi non ha q. p. Ma non dice, che, se egli per sua elezione agisca colla confessoria, non debba provare (§ 343). Aggiunge Cujacio la *l. 15, de o. n. s.* che invece dimostra il contrario (§ 346).

§ 341.

Più ardente la controversia quanto alla negatoria. Una opinione è, che chi agisce colla negatoria non debba provare la libertà della sua cosa, ma invece debba il reo convenuto provare il suo dritto di servitù su quella cosa; non distinguendo, e ritenendo l'istessa definizione non solo se l'attore possegga la cosa liberamente, ma anche se per converso il reo convenuto si trovi nell'esercizio della servitù. Cotesta opinione, sostenuta fin dal secolo XV da Alessandro d'Imola, è oggi la più ricevuta; tanto che Savigny *Syst. VI, pag.* 345 scrive esser conosciuto che nella negatoria stà al reo convenuto il provare la esistenza della servitù, senza neppure accennare che esista una questione. [1] Quantunque tale prima sentenza, per essere indifferente sul fatto del q. possesso, non formerebbe diretta difficoltà per la nostra tesi che il possesso non abbia per se influenza nell'esenzione dall'obbligo della prova, pure non è possibile ometterne l'esame per farsi strada ad esaminar poi la seconda direttamente opposta alla tesi stessa, e per intender bene i testi coi quali difenderemo poscia la nostra. Consideriamo pertanto gli argomenti che si adducono per questa prima opinione. Allegano la ragione seguente: Chi agisce colla negatoria non deve provar altro che il suo dominio sulla cosa. [2] Provato questo, provato il

---

[1] Anche la ROTA ROMANA si attenne a questa sentenza *Cor. Seraf. decis. 14, n. 13.*

[2] O almeno, dopo estesa la publiciana a questo caso, lo averla acquistata con giusto titolo, e la relativa condizione di usucapirla. Così MOLITOR *pag. 492.*

lominio, è provato (dicono) nell'attore un dritto di sua na-
ura assoluto ed esclusivo; quindi con quella prova sola sono
esclusi altrui diritti sulla cosa medesima finchè l'avversario
non provi una limitazione fatta coll'imposizione speciale di
una servitù. Di questa ragione Molitor, caldo difensore della
comune opinione, dice *pag. 493*, che ancora niuno le ha po-
tuto replicare. Aggiungono un testo nella *l. 10*, *C. de pign. act.*
Diocl. Maxim. « vindicare dominium debes. Ut autem creditor
pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas
probandi debiti. » Onde dicono, che come chi esercita la R.
V. ha compiuto il suo dovere, dimostrato che abbia il domi-
nio, e non deve dimostrare inoltre esser la sua cosa esente
da vincoli di pegno; così chi esercita la negatoria, provato il
suo dominio, null'altro ha da fare; sta all'avversario il pro-
vare l'esistenza della servitù. — Per rispondere insieme e
alla ragione e al testo, convien ricordare in primo luogo la
massima, che all'attore incombe l'obbligo della prova in ciò
che esso asserisce, ossia in quella quistione che esso stesso
provoca. *L. 21*, *de probat.* « semper necessitas probandi incumbit
illi, qui agit; » *l. 2*, *eod tit.* « Ei incumbit probatio, qui dicit; »
l. 23, *C. eod.* « Actor, quod adseverat, probare se non posse
profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non ad-
stringit. » In secondo luogo è da riflettere, che il dire il do-
minio essere per se un dritto assoluto non esclude che tal
dritto possa trovarsi limitato da servitù. Se la seconda pro-
posizione non fosse vera, allora in ogni ipotesi basterebbe al
padrone, onde arrivare a dimostrar la libertà della sua cosa,
il provare il dominio. Ma appunto perchè è vera, conviene
distinguere le ipotesi. Talvolta l'attore intenta tale azione,
nella quale assume ricisamente la *intentio* del dominio (« Si
paret fundum capenatem ex jure quiritium A. Agerii esse »),
ossia la R. V. Ed allora, provato che abbia il dominio, ha
pienamente provato la sua asserzione: nè per vincere ha
bisogno di dimostrare ulteriormente che il dominio non sia
limitato da servitù o pegni; giacchè non è questo quel che
egli assunse nella sua *intentio*. Posto ciò, opera opportuna-
mente la riflessione essere il dominio, che egli ha provato,

dritto di sua natura assoluto: quindi se l'avversario cominc a parlare di servitù o di pegni asserendone la esistenza in proprio favore, sta ad esso il provare; e qui fa la *l. 10, C de pign. act.* Talvolta l'attore promuove tale azione, nella quale assume l'*intentio* della libertà della cosa, ossia del non esser il proprio dominio limitato da servitù (« Si paret N. Negidio jus non esse uti frui fundo capenate »), insomma la negatoria. Allora essendo questa libertà della cosa, ossia assenza di limiti, ciò che egli ha unicamente asserito, ed essendo possibile che non sia vero, è d'uopo che lo provi, *dd. l. 2, l. 21, de prob., l. 23, C. eod.* Nè si dica (che anche questo oppongono i difensori dell'opinione che combattiamo) essere impossibile la prova dell'assenza della servitù. Si può provarla p. e. dimostrando che manchi alcuno de' requisiti necessari per legge all'esistenza di una servitù; come sarebbe la vicinanza necessaria de' fondi in una servitù prediale: o dimostrando che l'avversario non ha usato nel modo che la servitù importerebbe, ovvero che esso stesso ha invece usato della propria cosa in modo alla servitù avverso, per il tempo dalla legge definito ad estinguere la servitù medesima col non uso, o coll'esercizio della libertà.

§ 342.

Altra opinione, difesa in Francia da Dunod *Prescript. III. pag. 293*, in Germania da Heise *Arch. f. civ. Prax. XL, 2*, e da pochi altri, che debbasi decidere secondo che per l'attore o pel reo convenuto sta il possesso. O l'attore possiede libera la cosa, e l'obbligo di provare la servitù sta all'avversario: o è l'avversario che trovasi nell'esercizio della servitù, e sta all'attore il provare che dritto di servitù non esiste. Secondo quest'opinione vacillerebbe evidentemente la nostra tesi, che cioè il possesso per se non influisce ad esonerare dall'obbligo della prova. Però a mio parere anche essa non è vera. Vediamone gli argomenti. Si valgono dell'esempio delle *l. 14. de probat., l. 7, § 5, de liber. caus.*, ove credono stabilirsi la

massima che in una lite di stato colui, che si trova in possesso della libertà sua, non ha giammai l'onere di provarla: onde deducono, che in una negatoria chi si trova in possesso della cosa libera non deve aver l'obbligo di dimostrare questa libertà. Equivoco nello intendere que' due testi; equivoco che non so se altri abbia notato, ma mi par chiaro, sol che quei testi si considerino esattamente. È certo (e ciò dovremo ripetere fra poco per le azioni delle servitù, § 343), che il trovarsi in possesso giova per non subir l'onere della prova in questo senso, che chi possiede, trovandosi in godimento, non suole sentir il bisogno di promuovere la causa di stato o l'azione reale, come lo sente chi si trova fuori del possesso medesimo: evitando così di assumere le parti di attore, evita il peso della prova che noi sosteniamo indivisibile da tale assunzione. Ed è per questo, che prima di esercitare la R. V. solevano le parti contendere presso chi fosse il possesso, onde si definisse chi assumer dovesse la parte di attore e provare, chi quella di reo convenuto ed essere esente da obbligo di prova: lo che si decideva per via dell'*uti possidetis* e dell'*utrubi*, *l. 1*, *§ 3*, *uti possid.*, *§ 4*, *I. de interd.*, *Gaj. IV*, *148*, (§ 665, segg.). È naturalissimo, che simili quistioni precedessero le discussioni delle cause di stato. Onde nel primo ordinare tali liti (*l. 20*, *de probat.*) si dovea conoscere e definire chi si trovasse senza dolo malo in stato di fatto a lui favorevole,[1] chi no; per assegnare al secondo le parti di attore coll'unito dovere di prova, lasciare al primo le parti di reo convenuto esenti da tale dovere. Paolo *l. 41*, *pr. de liber. caus.* « Si in obscuro sit, in quo fuerit statu is, qui pro libertate sua litigat: prior audiendus est, probare volens se ipsum in libertatis esse possessionem. » Aggiungi Ulp. *l. 12*, *§ 3*, *eod.*, Giuliano *l. 20*, *de probat.*, e Diocleziano e Massimiano *l. 20*, *C. de probat.*, dove gl'impp. dalla mancanza di favorevol possesso in Eutichia constatano in essa la necessità di prender le parti di attrice, e solo da questa conchiudono direttamente all'obbligo di

---

[1] Come tale stato si esprimesse, vedi § 453.

prova nella medesima « cum petitori probationis onus incumbat, intentione sua defecta, his (instrumentis subtractis) juvari minime potest. » È questo, che viene confermato da Ulp. nei due frammenti citati dagli avversari. Doversi definire presso chi sia lo stato di favorevole possesso, non già per l'effetto di conchiuderne immediatamente che sia affatto esente dalla prova; ma per conchiudere immediatamente che ad esso non è necessario il fare da attore mentre che in tal necessità trovasi l'altro, e solo come conseguenza di ciò inferirne all'obbligo della prova in chi stia. Così nella *l. 14, de prob.* « referendum est, *qui actoris partibus fungatur.* Et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio *ipsum oportebit* ingenuitatis causam *agere, docereque se ingenuum esse* (l'obbligo della prova conseguenza delle attribuite parti di attore): sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet *ejus qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum* (l'obbligo della prova conseguenza del muovere la controversia, del *dicere libertum suum* cf. *d. l. 2, de probat.).* » Nella *l. 7, § 5, de lib. ca.* Ulpiano comincia dallo stabilire che ha da sostenere le parti d'attore colui, contro cui è lo stato attuale « Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes substinet: si vero ex libertate in servitutem petatur: is partes actoris substinet, qui servum suum dicit. » Poi segue precisamente secondo le spiegazioni da noi date. « Igitur cum de hoc incertum est: ut possit judicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. Et si forte apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum dicit, *actoris partes sustinebit, et necesse habebit servum suum probare* (il non possedere determina direttamente le parti d'attore, e come mera conseguenza di ciò l'obbligo della prova). Quod si pronunciatum fuerit, eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse, ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare (perchè deve assumere le parti di attore). » Ma che diremo se colui, cui giovi il possesso e che si trovi in godimento

d'ingenuità o di libertà, voglia, benchè non astretto da assoluta necessità, ultroneamente esercitare la causa di stato e rendersi attore? Lo può; ma con ciò stesso deve incaricarsi della prova, *d. l. 14, vers. Si quis autem, de probat.* » ultro in se suscipiat probationes, » *l. 39, pr. de liber. ca.* « ultro probare desideret. » Precisamente come se altri prenda a negare d'essere sotto la patria potestà di suo padre; poichè esso deve provare ciò che asserisce, senza distinzione sullo stato di fatto in cui per avventura si trovi, per ciò solo che prende le parti d'attore « quia se liberum esse quodammodo contendit » *l. 8, de probat.* In questo frammento è da rimarcare quel che Paolo soggiunge « *Ideo* enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere jubetur. » La ragione (significa Paolo) per cui chi proclama alla libertà dallo stato di servitù deve provare, è precisamente perchè « *contendit* se liberum esse » cioè perchè dice, asserisce in qualità d'attore. Stà dunque, che anche nelle cause di stato prova l'attore; che attore è ordinariamente quello contro cui è lo stato di possesso, e perciò egli ordinariamente prova; che se agisca chi ha per se il possesso, prova questo egualmente. Ed infatti Ulp. *l. 12, de exception.* « Generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit, » e *l. 6, si ingen. esse dic.* « Sed actoris partibus semper, qui se patronum *dicit*, fungitur, *probareque* libertum suum necesse habet: aut si non probet, vincitur. » Onde conchiudendo nella nostra negatoria diremo traducendo ad essa le parole di Paolo *d. l. 8, de probat.* che se alcuno neghi che il suo fondo serve, deve dimostrarlo perchè esso asserisce e contende la libertà; nè faremo distinzione di sorta sullo stato dell' attual godimento. [1]

---

[1] Le cose, fin qui discorse sull'onere della prova, non contradicono alla massima romana, che, dopo ordinato il *judicium liberale*, colui, sul cui stato si litiga se sia libero o servo, stia *liberi loco* (§ 310). Altro essendo, che durante la lite abbia ad esser sempre trattato come libero: altro, che per vincere definitivamente in quella, debba talvolta provar esso la sua libertà.

§ 343.

Quel che or ora abbiamo detto spiega anche un altro testo, che i difensori di questa seconda opinione aggiungono per sostenerla, la *l. 8, § 3, si serv. vindic.* Dice Ulp. « Sed si quaeritur, quis possessoris quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait: si vero non sunt immissa, eum, qui negat. » Già Windscheid *§ 563, n. 16*, Molitor *pag. 496 seg.* ed altri, han sostenuto, che Ulpiano vi decide solo chi nelle azioni confessoria e negatoria sia l'attore chi il reo convenuto, e non chi debba o non debba provare. Spiegherei nel modo seguente. Benchè e della confessoria e della negatoria nella servitù *tigni immittendi*, come nelle altre servitù, possa farsi uso anche in tal modo che l'istessa persona sia petitore e possessore; pure tale uso delle dette due azioni non è necessario, ma di mera elezione. Poni, che il *tignum* stia immesso: colui, che brama la servitù, può bensì volendo esercitare la confessoria, ma non è ciò necessario bastandogli l'*uti possidetis* (§ 760). Poni, che il *tignum* non stia immesso: colui che non vuole la servitù, può, se voglia, agire colla negatoria, ma il farlo non gli è necessario; poichè gli basta evidentemente l'uti *possidetis* che difende il possesso del suo fondo com'egli lo ha liberamente. È indispensabile l'uso della confessoria solo allorquando chi sostiene la servitù *tigni immittendi* non tiene immesso il *tignum*: indispensabile l'uso della negatoria sol quando chi si oppone a detta servitù stà soffrendo il *tignum* immesso. Adunque riguardato il caso di necessario uso di tali azioni, il petitore si distingue dal possessore, è petitore chi asserisce o chi nega la servitù, mentre non sta per lui la posizione di fatto, possessore poi è chi viceversa la nega o afferma contradicendo, mentre la posizione di fatto sta per esso. Questo dice Ulp. e non altro. Torna che il possesso non rileva assolutamente e per sua costante potestà dall'onere della prova; ma solo indirettamente ed in quanto rileva dalla necessità di agire. Resta sempre, che se scelga di agire colui, per cui stà il possesso, deve provare.

§ 344.

Pertanto la mia opinione è quella di Duroi *Archiv. für civ. Prax. XL, 2*, e di pochi altri: Nella negatoria chi agisce deve sempre provare la libertà da lui asserita. Alle prove già addotte aggiungerò quelle, che derivano dall'esame di quattro testi delle pandette, spesso male intesi ed anche adoperati a torto in difesa delle altre opinioni. Il primo è di Paolo *l 60, § 1, de usufr. et quemadm. quis ut. fr.* Premette il giureconsulto, che l'azione confessoria di usufrutto può promoversi contro chi possieda la cosa anche se non sia il padrone della medesima, per la natura di azione reale « Si fundus, cujus ususfructus petitur, non a domino possideatur, actio redditur. » Ciò proposto, segue così « Et ideo si de fundi proprietate inter duos quaestio sit, fructuarius nihilominus in possessione esse debet, satisque ei a possessore cavendum est, quod non sit prohibiturus frui eum cui ususfructus relictus est, quandiu de jure suo probet. »[1] La specie secondo me è la seguente: Si agitava fra Gajo e Tizio la controversia di dominio. Mevio vendicò l'usufrutto da quel de' due, mettiamo da Tizio, che possedeva la cosa; e vinse. Ma per la pendenza del giudizio di proprietà era sconveniente, che secondo il solito esito della confessoria Tizio dovesse riconoscere assolutamente il dritto di servitù e consegnare semplicemente la cosa al vincitore Mevio. Poichè probabilmente Tizio resterà vinto anche nel giudizio di proprietà; e così sarà dichiarato estraneo alla cosa stessa: onde non è giusto che per sua parte si faccia attualmente una così grave disposizione della cosa. Quindi il giureconsulto vuole piuttosto, che Tizio consegni soltanto la cosa a Mevio e gli dia cauzione come esso di fatto non lo proibirà dall'*uti frui*, finchè dal giudizio di proprietà non risulterà il suo dritto di dominazione sulla cosa. Esito di tal cauzione è, che se in detto giudizio di proprietà

---

[1] « Probet » ha la fiorentina; meglio altri codici « probetur. »

Tizio sarà vinto, cesserà il valore di quella cauzione, e Tizio, dichiarato estraneo alla cosa, di nulla più potrà esser tenuto verso Mevio che lo avea prima vinto nella confessoria. Se invece Tizio vincerà nel ripetuto giudizio di proprietà, dovrà allora riconoscere in Mevio lo *jus servitutis*. Prosegue Paolo « Sed si ipsi usufructuario quaestio moveatur, interim ususfructus ejus offertur, [1] sed caveri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel si satis non detur, ipse frui permittitur. » Questo è il passo più oscuro, che spiegherei così. Dopo avvenute ed eseguite le cose sopra narrate sulla data cauzione, accade, che Tizio il quale fu vinto da Mevio nella confessoria, venga vinto anche da Gajo nella R. V. Allora Gajo si volge contro quel Mevio, cui la cosa era stata dal vinto Tizio già consegnata pel godimento di fatto dell' usufrutto, e gli muove questione sull' usufrutto. L' usufrutto allora viene differito; ossia Gajo in questi aggiunti può togliere la cosa a Mevio che la godeva, dandogli a sua volta cauzione di restituirgli quanti frutti esso ne perciperà in avvenire, se in seguito Mevio eserciterà contro se la confessoria, e, provata la servitù, vincerà. Solo se Gajo non dia tale cauzione, dovrà lasciar Mevio nel godimento. — Da questo frammento mi sembra che debba conchiudersi esser falsa la prima delle due esposte opinioni, nella quale più generalmente si sostiene che chi agisce colla negatoria mai debba provare altro che il suo dominio, e non già la libertà, e che stia all' avversario il provare la servitù. Poichè se ciò fosse vero, Paolo, che nella seconda parte del suo responso cerca modo di favorire giustamente Gajo, avrebbe ottenuto pienamente lo scopo col dare alla questione fra Gajo e Mevio questa decisione ordinaria: cioè avrebbe definito che Gajo agisse colla negatoria, dove Mevio dovesse provare la servitù. Nè per quello scopo di giovare Gajo avrebbe avuto ragione di ricorrere al ripiego di togliere il possesso a Mevio, facendogli prestare la cennata cauzione, senza discussione alcuna sul dritto di servitù, e

[1] Così la fiorentina; assai meglio altri codici hanno « differtur, » come anche i basilici *Suppl. Heimb. II. p. 89*, « ὑπερτίθεται ἡ χρῆσις »

costringerlo così ad esercitare la confessoria dove finalmente dovrebbe provare la servitù medesima. Paolo è costretto a questo mezzo termine per la ragione, che se avesse invitato Gajo ad agire colla negatoria, lo avrebbe con questo stesso gravato dell'onere della prova. Ora questo sarebbe stato ingiusto nel caso. Perchè se Gajo quando vinse contro Tizio nella R. V. non avea trovato la cosa presso costui, e perciò non era potuto pervenire al godimento della medesima ponendosi così fuori della necessità di agire; ciò era dipeso unicamente dall'anteriore avvenimento della lite fra Tizio e Mevio e della vittoria di questo contro quello, vittoria però, in seguito della quale Mevio non aveva ottenuto di diventar possessore assolutamente e semplicemente, ma solo di godere temporaneamente fino all'esito della lite fra Tizio e Gajo. Venuta a termine cotesta lite colla perdita di Tizio, non era giusto che Mevio pigliasse dal possesso, formato a quel modo, vantaggi ulteriori. Quindi Paolo esime Gajo dalla necessità di sperimentare la negatoria, sospendendo il godimento di Mevio e trasferendo il possesso in Gajo; sol che questi dasse cauzione, che, se per avventura Mevio agisse quindi colla confessoria e provasse il suo dritto di servitù, esso gli restituirebbe tutti i frutti. Che se Gajo non dia tal cauzione, allora viene lasciato Mevio nel godimento della cosa, e Gajo sarà costretto ad agire colla negatoria e provare la libertà. Il ripiego adottato da Paolo non manca di vicino esempio. Ecco nella *l. 6*, *§ 6*, *de Carbon. edicto* viene da Paolo stesso trattato il caso d'un impubere ammesso alla *bonorum possessio* per l'editto carboniano, ed è proposta la domanda se pervenuto ch'egli sia alla pubertà, s'abbia a costringer l'avversario ad esercitare la H. P. contro di lui colle istesse regole colle quali si esercita tale azione contro altri possessori. Atteso, che, se il divenuto pubere si trova in possesso, lo deve unicamente alle misure dell'editto carboniano di lor natura temporanee, Paolo si appiglia a regole alquanto diverse da quelle. Non già che in tal caso tolga tosto al divenuto pubere il possesso e lo passi all'avversario, come fa nel caso della nostra *l. 60*; poichè trattandosi di possesso dato nel tempo della impubertà per

opera diretta del magistrato, non si arrivò a toglierlo così recisamente. Ma vuole che il nuovo pubere dia una cauzione all'avversario; e se non la dia, trasferisce il possesso all'avversario medesimo che offra esso di dare cauzione.[3]

§ 345.

Il secondo testo è anche di Paolo *l. 7, de aqua quotid. et aest.* La prima parte è così concepita « Si de via, itinere, actu, aquaeductu agatur; hujusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de jure suo doceat, non se impediturum agentem, et aquam ducentem, et iter facientem. » In questa parte il giureconsulto tratta della confessoria proposta da chi è nel godimento della servitù *viae*, *itineris*, *actus*, *aquaeductus*.[1] Benchè la posizione di fatto sia per lui, non ostante deve provare la servitù secondo le cose dimostrate § 340: soltanto Paolo vuole, che l'avversario gli dia cauzione, che esso non lo impedirà dall'andare, dedurre acqua ecc. finchè duri la lite. Si notino le parole con cui viene espressa questa durata « quamdiu quis de jure suo doceat. » Se fosse vero l'assunto di Cujacio (d. § 340) che, quando agisce colla confessoria colui cui giova lo stato presente, è l'avversario che deve provare la libertà; Paolo avrebbe detto « quamdiu *ipse* de jure suo doceat, non se impediturum etc., » cioè che esso non avrebbe impedito finchè esso stesso non proverebbe la libertà del suo fondo. Dice invece « quamdiu *quis* etc. » perchè prima aveva espresso impersonalmente l'attore « si... agatur, » ed intende di riferirsi tuttora al medesimo. Dunque la prova stava all'attore nella confessoria benchè a questo giovasse lo stato di fatto. Segue Paolo nella seconda parte « Quod si neget, jus esse adversario agendi aquae ducendae: cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usu-

[3] Dovremo tornare sopra il testo della *l. 60, § 1, de usufr.* quando parleremo dell'interdetto *quem usumfructum*. Ivi vedremo alcune non giuste interpretazioni che gli sono state date.

[1] Cujac. *ed. nap. I, 1518, D.*

rum. » Come nella prima parte si occupava della confessoria proposta da chi fosse nel godimento della servitù; così in questa seconda tratta della negatoria (« jus non esse adversario etc. ») proposta da colui che godeva liberamente della cosa.[1] Ed è appunto per tale posizione dell'attore che Paolo esige dal reo convenuto la cauzione di non valersi della servitù fintanto che penda la questione. Dappoichè come è giusto, che il reo convenuto non essendo ancora stato in godimento della servitù non lo incominci dopo promossa la lite; così ingiusto sarebbe, se egli fosse stato nel godimento stesso, costringerlo a desisterne perchè l'altro gl'intenti la lite. Aggiunge Paolo, che questa astensione che esso impone al reo convenuto, sarà « sine praejudicio amittendae servitutis: » questo perchè quantunque in materia di servitù rustiche il non uso estingua la servitù (§ 436), pure, essendo stata contestata la lite, questa rende inefficace il lasso del tempo a tale effetto. Ora da questa seconda parte del testo mi pare che di nuovo sia confutata la prima opinione che chi agisce colla negatoria non debba provare la libertà, ed anche la seconda che esso non debba provarla quando si trovi in istato di fatto a lui favorevole. Se regolarmente quello che agiva colla negatoria nel caso di Paolo fosse stato libero da tal prova, ed il peso di dimostrare la servitù fosse toccato all'avversario reo convenuto; sarebbe stata natural conseguenza di tale situazione, che questo non avrebbe dovuto cominciare il godimento della servitù durante la lite e finchè esso non avesse adempito al supposto dovere di provare; il postulato della giustizia, di sopra esposto, sarebbe fluidamente adempito. Se Paolo invece giudica necessario per adempire a tal postulato, che il reo convenuto ne presti cauzione; questo è opportuno e saggio solamente perchè la regola è che la prova sta all'attore. Imperocchè tal cosa da per se riguardata sembrava invitare il reo convenuto a mettersi prima della fatta prova nel godimento della servitù, appunto perchè ne derivava, che fino a prova non fatta le parti del reo convenuto nella lite sono le prevalenti.

[1] Giusta osservazione di CUJACIO *I, 1518, D.*

§ 346.

Il terzo testo è d'Africano *l. 15, de o. n. n.* Comincia « Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur: partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse, altius tollere. » La specie è questa: Non era ancora edificato al di là delle pretese d'un vicino che diceva aver dritto di servitù *altius non tollendi*; sicchè lo stato di fatto era favorevole a costui. Siccome può agire colla confessoria anche colui che per se ha la posizione di fatto, avvenne, che questo vicino agì colla confessoria *jus vicino non esse aedes altius tollere.* Il reo convenuto, proprietario della casa, non prese a difendere come avrebbe dovuto. Vedremo a suo luogo (§ 746, 747, 755, segg.), che il dritto nostro dà rimedi diversi per costringere i rei convenuti a difendere, ossia punirli se manchino alla difesa. Qui Africano ancora ne dà uno. Dice, che il reo convenuto sarà costretto a dare cauzione di non edificare senza agir prima esso stesso colla negatoria *jus sibi esse altius tollere.* Questa parte del testo di Africano prova in primo luogo, che a torto Cujacio lo invoca pel suo assunto, che nella confessoria intentata da chi è in posizione di fatto a se favorevole costui non debba provare la servitù, ma l'avversario la libertà. Poichè se ciò fosse vero, il rimedio d'Africano contro il reo convenuto che non difende (e per essere rimedio efficace deve metterlo in condizione peggiore di prima) non avrebbe forza alcuna; imperocchè anche all'infuori di esso rimedio il provare sarebbe stato a carico della persona medesima del reo convenuto. È rimedio efficace, appunto perchè prima, quando si proponeva la confessoria, l'onere della prova gravava l'altro, ed ora comincia a passare su lui per quando sarà costretto a promuovere la negatoria. E qui noto in secondo luogo, che questo passo d'Africano dimostra esser falsa la prima opinione sulla prova nella negatoria: giacchè il rimedio del giureconsulto consiste

precisamente nel far passare su chi non difende quel peso onde prima era gravato l'altro. Ora il peso, che l'altro aveva intentando la confessoria, era il provare la servitù: dunque il peso, che quel rimedio fa passare in chi non difende, è di provare la libertà. Vanamente Molitor *pag. 497* dice, che l'obbligo di prova, che comincia dopo il rimedio a gravare su chi non difese, consisterà in ciò che allorquando egli agirà colla negatoria dovrà provare il dominio. In primo luogo se l'obbligo di provare la servitù restasse sempre nell'altro anche sostituendo la negatoria alla confessoria, niuna traslazione di peso avverrebbe, restando quello gravato tal quale a prima. Inoltre prego il lettore a voler dare uno sguardo all'ultimo verso del testo, dove Africano riassume tutte le definizioni in esso testo contenute. « Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut (de) jure suo probare necesse haberet: id enim esse, petitoris partes sustinere: » la punizione consiste nel costringere il non difendente « de jure suo probare. » Si confrontino le parole, con cui nella prima parte, che sopra trascrissi, Africano enuncia l'*intentio* della negatoria « jus sibi esse altius tollere; » ognun vedrà che quel « de jure suo » corrisponde precisamente a questo « jus sibi esse. » Dunque la punizione consiste nel dover provare il dritto di alzare a suo piacere, ossia la libertà del fondo. — Prosegue Africano dopo la prima parte sopra esposta « Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere: eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. » Resta l'ipotesi che l'edifizio non era alzato oltre le pretese del vicino. Il padrone agisce colla negatoria *jus sibi esse altius tollere*. Il vicino, reo convenuto, non difende come deve. Africano dà il rimedio di costringerlo a dar cauzione, che esso nè si varrà della *operis novi nunciatio* nè farà violenza quando l'altro si porrà ad edificare più alto. Così non rimarrà ad esso vicino altro mezzo per far valere le sue ragioni, che di sperimentare la confessoria. Questa seconda parte del testo prova per essa contro la prima comune opinione sulla prova nella

negatoria. Se chi agisce colla negatoria non dovesse provarla libertà, ma il reo convenuto dovesse provare la servitù, in che mai avrebbe Africano punito il reo convenuto non difendente? Dovrà sibbene provare la servitù, quando agirà, dopo quel rimedio, colla confessoria: ma avrebbe dovuto egualmente provarla prima, quando l'altro intentava la negatoria. Molitor *pag. 498* dice, che la cauzione voluta da Africano ha questo effetto di rilevare il primo attore dall'obbligo di provare il dominio, obbligo che avrebbe avuto proseguendo la negatoria. Ma questo non conterrebbe punizione del non difendente i cui gravami resterebbero eguali. Ora per ripeterla conchiusione di Africano i rimedi da esso proposti sono che « is qui non defenderet *punietur*, ut *de jure suo probare* necesse haberet. » Finalmente si notino le ultime parole di Africano « de jure suo probare necesse haberet: *id enim esse* petitoris partes sustinere: » vi si scorge il nostro assunto, che il peso della prova è direttamente unito colle parti di attore, che dall'essere attore, e non da altro, dipende l'obbligo di provare. [1]

§ 347.

Il quarto ed ultimo testo è di Scevola *l. 45, de damno inf.* Comincia il testo « *A quo fundus petetur, si rem nolit* (supplisc *defendere*). » Coteste parole non sono parte della decisione di Scevola pel caso a lui proposto, ma è la riproduzione della rubrica o titolo dell'Editto in cui il pretore ordinava i rimedi da prendersi contro chi non difendeva la causa come avrebbe dovuto. Congettura acutamente accennata da Cujacio *I. 15 ...* e confermata dal *§ 92, fragm. vat.* Segue il testo di Scevola « Aedificatum habes, ago, tibi jus non esse habere: non defendis. Ad me possessio transferenda est: non quidem ...

---

[1] Mostreremo al § 757, che col testo di Africano non ha che fare l'interdetto simile al *quem usumfructum*. Vedremo ancora al § 451, che dal testo medesimo non risulta una prova per una *quasi possessio* delle servitù negative.

protinus destruatur opus: iniquum enim est, demolitionem protinus fieri; sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse aedificatum habere. » Tu hai edificato oltre ciò che potresti secondo le pretese di me tuo vicino, di modo che la posizione di fatto è a te favorevole. Io agisco colla confessoria *tibi jus non esse habere:* tu non difendi. La specie è diversa da quella trattata da Africano *d. l. 15* nella prima parte, in quanto che lì agiva il vicino colla stessa confessoria ma mentre per esso era la posizione favorevole, non era ancora così edificato. Scevola dice, che in me si trasferirà l'onere dell'azione cioè la necessità della prova, [1] non così che subito si distrugga la tua edificazione in quanto piu alta di quel che avrebbe potuto essere secondo me (lo che sarebbe eccessiva, ingiusta misura), ma così che il magistrato prescriverà un tempo entro cui tu debba agire colla negatoria *jus tibi esse aedificatum habere;* passato il quale inutilmente, la demolizione verrà eseguita. Questo frammento dimostra, che nella negatoria provar deve la libertà chi agisce, anche se per esso stia la posizione di fatto, e non l'avversario deve provare la servitù. Altrimenti nella specie di Scevola anche dopo il proposto rimedio, cioè anche nella negatoria a cui tal rimedio ti astringe, non dovresti provare l'assenza della servitù: io seguiterei a dover provar la servitù come prima; non si farebbe quella traslazione che Scevola asserisce.

§ 348.

É così compiuta la dimostrazione, che l'esenzione dal-l'obbligo della prova non è vero effetto del possesso. — Ma per dimostrare pienamente la nostra tesi principale, che effetti del possesso non sono che usucapione e taluni interdetti, conviene che escludiamo dal novero due altri istituti, la publiciana, e la *fructuum perceptio.* La prova non è facile, ed

[1] In che senso tale trasferimento sia espresso da Scevola così « possessio transferenda est » vedremo § 451. Che non si tratti da Scevola d'interdetto simile al *quem usumfructum* cf. § 757.

esige una certa larghezza di esposizione. Sorte è questa del nostro trattato sul possesso, che non raramente per escluderne con ragionevolezza un articolo, convien dirne tanto quanto forse basterebbe per una piena esposizione. In tal necessità ci troveremo ancora sovente quando parleremo in specie degl'interdetti. — Sulla *publiciana* credo che la quistione non possa stabilirsi assolutamente, ma *secundum quid*, come negl'interdetti *recuperandae* per identiche ragioni (cf. § 56, 707). Ma proposta pure a questo modo la questione, credo che debba ritenersi non essere la publiciana effetto del possesso. Proviamo. Per se il possesso non sarebbe capace di generare verun'azione, perchè è un fatto per se non giuridico. Se qualche mezzo giudiziale gli è stato aggiunto, ciò fu fatto per estrinseche ragioni ed a queste fu pienamente provveduto cogl'interdetti, siccome spiegammo nel capo primo. Quegli scrittori, che la publiciana annoverano fra gli effetti del possesso, sono mossi dai testi che attribuiscono la publiciana a chi si trova in condizione di usucapire *l. 1*, *pr.*, *§ 1*, *de publ. in rem act.*, onde sembrerebbe che tanto sia la publiciana effetto del possesso quanto lo è la usucapione. Se non che l'usucapione, siccome del pari dimostrammo nel capo primo, è effetto del diuturno possesso; mentre la publiciana è concessa a chi sta in condizione di usucapire anche se ha posseduto per un momento *l. 12*, *§ 7*, *eod. tit.* Dunque non può valere per essa la ragione stessa che vale nell'usucapione e per cui essa usucapione si dice essere effetto del possesso. — La storia della publiciana conferma il nostro assunto, e dichiara insieme qual sia la sua vera causa. L'origine sua fu per difendere colui, che avesse comperato, e a cui fosse stata semplicemente consegnata una cosa dal padrone. Non essendo questo modo di acquistare il dominio *ex jure quiritium*, egli ne mancava, e solo aveva *in bonis*. Perciò esposto alla rivendica del padrone stesso da cui avea ricevuto, e destituito d'ogni azione pel caso che perdesse la cosa. Al primo, iniquissimo, fu provveduto colla *exceptio rei venditae et traditae*. Al secondo, iniquo pur esso mentre per equità deve piuttosto godere chi ha *in bonis* che chi non ha

alcuna ragionevole causa, fu provveduto colla publiciana. Siccome poi la formula d'un'azione *in rem* non poteva comporsi senza l'invocazione d'un dritto reale; fu pensato che quel tale cui si voleva soccorrere era in condizione di usucapire il dominio *ex jure quiritium*; fu introdotta nella formula la finzione che l'usucapione fosse perfetta, che il dominio *ex jure quiritium* fosse costruito, e su tale finzione l'azione *in rem* ebbe la formola sua, *Gaj. IV, 36*, « datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex jure quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure quiritium esse oporteret, et reliqua. »

§ 349.

Questo modo facilmente persuase de' progressi della publiciana. È grande equità, che se ad alcuno sia stata da un non padrone consegnata la cosa per causa di compra fatta in buona fede, abbia esso la cosa piuttosto che un altro privo d'ogni giusta causa, *l. 17, de publ. in rem. act.* Facilmente, dissi, fu a questo caso estesa la publiciana, attesa la simiglianza della posizione con chi ha *in bonis*. Giacchè ambedue sono in condizione di usucapire, e in ambedue poteva con egual finzione comporsi l'azione *in rem*. E così fu fatto, composta la formola se non colle identiche certo con poco variate parole. In simil guisa procedette anche la *exceptio rei venditae et traditae*, che talvolta cominciò a darsi a chi avesse preso da un non padrone, se veniva riconosciuta una grande ragione di equità per respingere la vendicazione del proprietario; come se esso proprietario divenuto fosse erede del venditore, o questo di quello, *l. 1, § 1, l. 2, de exc. rei vend. et trad.* — Ed essendo che valeva la ragione medesima di convenienza, che cioè lo avente giusta causa d' acquistar le cose venisse preferito a chi non ne

aveva, e poteva adottarsi lo stesso metodo di finzione nella formola facendo altro lieve cangiamento nelle parole; si procedette ad altre giuste cause di tradizione all'infuori della compra, p. e. alla dazione in dote fatta da un non padrone all' accipiente in buona fede, ecc. *l. 3. segg.*, *l. 13*, *pr. de publ. in rem act.* Siccome sembra che del pari si progredisse nella *exceptio rei vend. et trad.* — In tale stato di cose fu detto in un editto pretorio « Si quis id, quod traditur *ex justa causa*, non a domino, et nondum usucaptum, petet, judicium dabo » Ulp. *l. 1*, *pr. eod. tit.* Certo che vi si parlava prima di chi avesse *in bonis*, e forse nel passo stesso riferito era detto « sive a domino sive a non domino: » questo fu soppresso da Triboniano. — Fin qui la publicana si trovava accompagnata da tutti i requisiti della usucapione; dappoichè il suo uso non esciva dallo stato della condizione di usucapire, onde si componeva la finzione della formola. Anzi tutto era necessaria la tradizione ed il possesso. Ma già è manifesto che il possesso vi era requisito solamente ma non causa. Il pensiero del pretore non fu quello di difendere il possesso per se riguardato principalmente, ma di soccorrere contro gli altri chi avesse *in bonis* o avesse una *justa causa* d'acquisto di dominio, mentre era destituito di azioni civili. Il possesso era domandato siccome gli altri estremi della condizione di usucapire per fingere la perfezione della usucapione e la proprietà *ex j. quiritium*, e potere alla fine dare un'azione *in rem.* Non veniva finta tal proprietà per difendere il possesso per se principalmente contemplato; ma veniva richiesto il possesso per poter fingere la proprietà medesima. È questo reso chiaro dalla *condemnatio* diretta non alla stima del possesso ma della cosa come nella R. V., *l. 7*, *§ 8*, *de publiciana. Gaj. IV*, *36*, *fi.*, cf. *IV*, *48*, *51*; diversamente che ne'rimedi diretti a difendere il possesso (§ 370). E questo e non altro significa Ulp. *l. 7*, *§ 6*, *eod.* « Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit: » l' azione publiciana difende una certa proprietà piuttosto che il possesso; in senso eguale a quello con cui Paolo di quegli interdetti, ne' quali direttamente viene indotto non il possesso ma lo *jus,* dice *l. 2*, *§ 2*, *fi. de interd.* « proprietatis, non possessionis causam continent. »

§ 350.

La nostra tesi risulta ancor più chiara dalla storia seguente della publiciana. Poichè mentre finora la publiciana non era stata data senza tradizione e senza condizione di usucapione; ora cominciò in primo luogo ad esser data laddove non esisteva tradizione. Vale a dire quando esistesse alcuna di quelle cause men solite che sono giuste per acquistar pienamente le cose senza la tradizione. Se l'autore non era il padrone, avea luogo la condizione di usucapire. Valeva anche qui la ragione della *l. 17*, *de publ. in rem act.* che piuttosto avesse la cosa chi da tal giusta causa fosse giovato di quello che altri. A questo punto spetta Ulp. *l. 1*, *§ 2*, *eod.* « Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis (relativa) fecit mentionem: cum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nancisceretur? »; e segue recando un esempio « ut puta legatum » dove senza dubbio Triboniano ha soppresso le altre parole « do lego. » In verità il legato *per vindicationem* è una delle giuste cause che or ora ricordavamo; se il legatario pervenga al possesso senza tradizione dell'erede, ha la condizion d'usucapire, e la publiciana (§ 525, 531). Prosiegue Paolo nel discusso testo della *l. 2*, proferendo un altro esempio così « Vel mortis causa donationes factae; nam amissa possessione, competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur. » Forse che la donazione *mortis causa* è pur essa causa giusta di trasferire il dominio senza tradizione? Così frequentemente scrissero gli antichi interpreti mossi da questo frammento; ed accedette il Cujacio, che però notava essere il testo medesimo « valde singularis » *V*, *241*, *D.* Savigny *Syst. IV*, *pag. 248* interpreta di una donazione fatta per mancipazione; morto il donatore, il donatario avrebbe da per se preso il possesso; diventava a questo modo padrone senza tradizione, e, se la cosa non era stata del donatore poteva adesso usucapire e perciò esercitare la publiciana. Ma questa interpretazione suppone un grave errore de' compilatori, che in testo apposito avrebbero riportato un dritto per

essi antiquato, e che i medesimi vollero lasciar senza traccia nella collezione. [1] Glasson nel suo bel lavoro *Les donations à cause de mort pag. 37, seg.* crede esser quella una singolare opinione di Paolo, non ricevuta, e per errore de' compilatori riportata ne' digesti. Errore per errore, preferirei di credere a quello benchè più grave supposto da Savigny, perchè almeno non attribuisce a Paolo opinioni non giuste ed al suo tempo riprovate. A me par buona l'osservazione di Antonio Fabro *Rational. ad Pand. tit. de public.*, che Paolo tratti di donazione fatta per tradizione sotto condizione sospensiva, e non risolutiva, cf. *l. 29, de mo. ca. don.* Congettura simile si trova anche fra i recenti, Hasse *Rhein. Mus. II, p. 351*, Pellat *Sur la propriété pag. 460*, Vangerow *§ 561.* [2] Dicono che in tal caso la proprietà della cosa anteriormente consegnata si trasferisce all'epoca della morte del donatore, e, se costui mancava di proprietà, all'epoca stessa principia l'usucapione nel donatario e la publiciana. Non mi pare che tale opinione sia ben riprovata da Glasson, che oppone esser cotesta una speciale ipotesi mentre il luogo di Paolo è generale. Ma tali restrizioni si fanno spessissimo interpretando; si fanno su Paolo stesso *l. 12, de cond. caus. dat.*, ove nella donazione *ca. mortis* dà risoluzione spettante esclusivamente all'ipotesi della condizione risolutiva, senza avvertirlo. [3] Che seppure le donazioni *ca. mortis* fatte sotto condizione risolutiva sono le più frequenti, come Glasson afferma; ben solite pur anco sono le fatte sotto condizione sospensiva. Onde Ulp. le due speci tratta con pari pienezza nella *d. l. 29, de mo. ca donat.* Solo credo, che al punto dove Fabro e gli altri sopra citati lasciano la fatta riflessione, non si possa ancora dire sciolta la difficoltà. Se è vero, che tradizione fu fatta: sia pure che dominio non passi per la condizione sospensiva se non quando avviene morte del donante, sempre resta che

---

[1] GLASSON *Les donat. à cause de mort pag. 27.*

[2] Benchè VANGEROW sia inclinato a credere che Paolo intendesse della ipotesi proposta da SAVIGNY, pure pensa che i compilatori l'abbiano riportato nel digesto pensando al caso come proposto da HASSE.

[3] Cf. *d. l. 29, de mo. ca. don.* e il mio lib. *De obligat. p. 157.*

è in forza di quella tradizione che oggi la donazione spiega la sua efficacia. Male sarebbe collocato il testo di Paolo fra esempi delle *juris partes* ove dominio passa senza tradizione; anzi male direbbe il giureconsulto « ad exemplum legatorum (do lego) capiuntur. » Veramente Fabro tocca da vicino la piena verità quando dice, che la proprietà si trasferisce meno per forza della tradizione che per forza della legge. Ma resta idea vaga, se non si fissa quel che dicemmo § 231, che tradizione, fatta a trasferir dominio sospensivamente, è del tutto inefficace. Onde in genere quando si faccia tale tradizione l'atto resta invalido, ed è necessario all'adempirsi della condizione un nuovo consenso, sul quale si costruisce una finta tradizione. Ora egli è certo, che nelle donazioni m. c. sotto condizione sospensiva non si richiede punto un nuovo consenso e relativa finta tradizione. Ben a ragione. Perchè altrimenti, il tempo della verificata condizione essendo necessariamente ed in se stesso il tempo in cui è morto il donante, avrebbe dovuto quel nuovo consenso essere normalmente atteso dagli eredi, come suole attendersi da essi ne' casi di tradizione con altre condizioni sospensive quando per avventura non si possa aver quello del dante morto prima del verificarsi delle medesime (d. § 231). Ma gli uomini non sogliono lasciare ai loro eredi libertà normale di dar forza o no alle proprie liberalità, chè allora più che proprie sarebbero liberalità degli eredi medesimi. Tale libertà degli eredi viene accidentalmente nelle altre condizioni sospensive, e perciò non fa ostacolo al nostro raziocinio. Aspettare il consenso degli eredi nelle donazioni m. c. con condizione sospensiva, sarebbe stato come abolirne l'uso; niuno le avrebbe fatte. È per queste ragioni, che, messi da canto gli eredi, fu stabilito che appena morto il donatore passasse *ipso jure* il dominio nel donatario. Aggiungo, che cotesta non era poi cosa nuova. Anche nella *l. 9, § 1, de jur dot.* Ulpiano nel caso, che fosse fatta tradizione sotto condizione del divenir le cose dotali, decise pel favor delle doti che morto il donante pria delle nozze e non volendo o per assenza non potendo consentir gli eredi « dominium ad maritum ipso jure transferri » (d. § 231). Ciò che in questo

frammento è stabilito eccezionalmente per uno speciale favore, nella donazione *mortis causa* vale regolarmente per le ragioni suesposte. Così è spiegata la *l. 2,* ed il suo contesto colla *l. 1, § 2*. È caso di *justa causa* d'acquisto di dominio senza tradizione; perchè se tradizione ci fu, fu inefficace, e veramente quando passa il dominio non altro abbiamo che la mera opera della legge, *ipso jure*. Se per avventura il donante non era padrone, è luogo qui come ne' legati *per vindicationem* alla condizione d'usucapire, ed alla publiciana.

§ 351.

Come ne' casi esposti nel paragr. precedente abbiamo ormai la publiciana senza tradizione; così, progredendo sempre, troviamo anche publiciana ammessa senza usucapione e e senza possesso. Ecco quei giureconsulti, i quali credevano che per mezzo di un servo fuggitivo al padrone si acquistasse bensì il dominio non già il possesso (§ 309), cominciarono a dare a questo la publiciana quando quel suo servo avesse preso da un non padrone, *l. 15, de publ. in rem act.* [1] Certo nella formola non poteva più parlarsi di tradizione, di finto annale possesso; e dovette essere assai modificata quella originaria data da Gajo *IV*, *36*. Ormai il possesso si allontanava del tutto non solo dal principal pensiero del pretore, dove in verità non era mai stato nella dazione della publiciana, ma in questi casi anche dalla composizione della formola. Tanto poco esso è la causa della publiciana. — Separata una volta la congiunzione della formola coll'idea dell'usucapione, agevolmente fu ammessa la publiciana anche ne'casi, in cui alcuno avesse, da un non padrone ma in buona fede, una giusta causa diretta all' acquisto d'un fondo provinciale, benchè in tal fondo non *usucapio* ma solo *praescriptio* potesse aver luogo, *l. 12*, *§ 2*, *de publ. in rem act.* (§ 569); o d'una servitù, benchè oggetto non capace di vera usucapione ma di una *quasi usucapio* o della *praescriptio l. 11, § 1, eod.* (§ 445). Anzi

[1] Aggiungi anche la *l. 12, § 1, eod. tit.*

anche se avesse, da non padrone ma in b. f., una giusta causa diretta allo acquisto d'uno *jus agri vectigalis* o *superficiei*, quantunque (come vedremo § 456 seg.) nè usucapione nè prescrizione vi avesse luogo almeno all'epoca classica [2] — Così fu perfezionato il perpetuo pensiero del pretore quanto alla publiciana, di protegger cioè coloro che hanno una *justa causa* d'acquisto, vera causa della data azione. [3]

§ 352.

Con questa teoria si spiega ancora perchè dopo essere stato ricevuto per causa d'utilità che si potesse usucapire senza vera *justa causa*, ciò per la publiciana fu più tardi e con maggior difficoltà accettato: appunto perchè le *justae causae* avevano colla publiciana un rapporto strettissimo. Comprai da un furioso credendolo di sana mente. Paolo *l. 2, § 16, pro emt.* dice essere stata per causa d'utilità ammessa in me l'usucapione (§ 534), ma esser nulla del tutto la compra, e perciò (« et ideo ») non competermi la publiciana come neppur l'azione d'evizione nè l'accessione di possesso. Così Paolo rigoroso. Ma Marcello ed Ulpiano più miti ammisero la publiciana argomentando dalla usucapione *l. 7, § 2, de publ. in rem act.* In questo modo si spiega questa opposizione di frammenti

---

[2] Caso di publiciana data a colui, che non ancora avea principiato l'usucapione, si trova nella *l. 11, § 2, de publ. in rem act.* Il compratore di b. f. d'un' ancella può perseguitare colla publiciana il parto della medesima, presso di se concepito benchè non nato (§ 576), quantunque per tal ragione non ne avesse principiato l'usucapione (§ 574). — Vedi anche le speci della *d. l. 11, § 6, 8,* (add. § 193 segg.).

[3] Dalle cose dette s'intende ancora, che non è la buona fede la vera causa della publiciana. La b. f. è requisito più gravemente domandato che non lo stesso possesso; perchè anche ne'casi esaminati in fine la necessità della b. f. fu conservata. Ma è requisito, e nulla più. Onde si dà la publiciana a colui in cui m. f. sopravvenga *l. 7, § 14, de public. in rem act.*, e contro colui che pur esso in b. f. posségga. Ond'è che il pretore talvolta, parlandó solo della *justa causa,* tace della b. f. nell' editto *l. 1, pr. eod.* La b. f. si richiede nella publiciana come nell'usucapione, ma non è causa vera nè della prima nè della seconda.

che tanto ha dato e dà a fare ai nostri scrittori. — Noterò infine che non ostante l'ulteriore sviluppo della publiciana sempre rimase grande unione fra essa e l'usucapione, che tanta parte avea avuto nella sua pratica composizione ed ancora spesso figurava nella finzione della sua formola. In tutti que' punti, dove le nuove disposizioni non le hanno disgiunte espressamente, ancora Giuliano, Marcello, Ulpiano dalla negata od affermata usucapione argomentano a negare od affermare la publiciana, *d. l. 7, § 2, 17, l. 11, § 4, eod. tit.*

§ 353.

Passiamo alla *fructuum perceptio*. La decisione nella questione se questa sia o no effetto del possesso, dipende dallo indagare se sia stata introdotta per la ragione principale del possesso o di diversa considerazione (§ 337). Lo assegnare la vera ragione della *fruct. perc.* è cosa assai controversa, e noi dobbiamo inoltrarci pienamente in tale ricerca; chè solo per questa via ci sarà possibile dare adeguata risposta alla su mentovata questione. — È concesso al possessore di buona fede di far suoi i frutti del fondo posseduto. Questo non è effetto del possesso; perchè il possesso non è la ragione principalmente considerata per indurre questo modo di acquistare il dominio. E quale è cotesta ragione? La buona fede. Per un giusto omaggio reso alla buona fede, i romani si abituarono a dare ai possessori di b. f. quanto era dato ai padroni finchè lo permettessero le regole di legge, e su questa veduta formarono un principio di dritto civile che fu formulato da Paolo *l. 136, de R. I.* « Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est. » Effetto dell' ultimo inciso di questo luogo è, che il possessore di b. f. non faccia suoi i frutti finchè pendono, perchè in tale stato seguono necessariamente il dominio del fondo *l. 44, de R. V.* In forza della prima parte del testo riportato i frutti divengono del possessore di b. f. appena separati, cessando quella ragione che li legava al dominio del fondo. Onde anche s'intende la differenza fra il modo d'acquistare i frutti per parte di esso posses-

sore di b. f., e quello di acquistarli per parte dell'usufruttuario e del colono. Costoro li fanno propri solamente o percependoli nello stretto senso della parola ossia raccogliendoli, o prendendone altrimenti il possesso *§ 36*, *I. de rer. divis.*, perchè in essi non vale l'istessa equiparazione al padrone, e torna la regola generale di non acquistar pienamente il dominio senza apprensione. Che invece il possessore di b. f., appena separati dal suolo, faccia suoi i frutti, chiari sono i testi nelle *l. 13, quib. mod. ususfr. vel us. amitt.*, *l. 25*, *§ 1*, *l. 28*, *pr.*, *l. 45*, *de usur.*, *l. 48*, *pr. de a. r. d.*, *l. 48*, *§ 6*, *de furt.* Per la qual cosa quando questo modo d'acquisto viene denominato *fructuum perceptio* questa parola è presa in senso largo da significare la separazione dal suolo. La ragione da noi espressa per la *f. p.* si trova nella *d. l. 25*, *§ 1*, *de usur.* « bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est, » e nella *d. l. 48*, *pr. de a. r. d.* « quia, quod ad fructus attinet, loco domini pene est » dove il « pene » corrisponde all'applicazione da noi fatta alla nostra questione delle ultime parole della *l. 136*, *de R. I.*

§ 354.

Sembra in contradizione, che Giustiniano dia nel *§ 35*, *de rer. div.* altra ragione, vale a dire che i frutti divengano del possessore come correspettivo della coltivazione e della sollecitudine avuta per essi « pro cultura et cura. » Per bene ntendere conviene stabilire non esser punto illogico, che la regola formulata nella *l. 136*, *de R. I.* riceva delle modificazioni, se e finchè alla pienezza della sua applicazione facciano ostacolo de' motivi di equità: [1] come neppure lo esser stato al possessore di b. f. accordato quel dominio ossia (che equivale) quel pieno dritto sui frutti, è punto in contradizione col darsi, contro il possessore stesso, al padrone del fondo, azioni

[1] Non parlo di regole propriamente legali; che al contradire di queste la regola cessa certamente, siccome abbiamo veduto dalla stessa sua concezione.

personali pe' frutti medesimi fino a certi ulteriori avvenimenti. Che nulla tolga al concetto del dominio ed alla sua pienezza nativa la coesistenza di azioni personali che possano competere ad altri onde farlo cessare ne' modi dal dritto nostro stabiliti, è chiaro per se e ne parlammo nel lib. *De oblig. p.* 15 *segg.* Per la qual cosa a tale nostro assunto non fa alcuno ostacolo, che Gajo *l. 28, pr. de usur.* dica parlando di alcuni frutti che « statim pleno jure sunt possessoris. » [1] Infatti se è vero, che la normale comparazione del possessor di b. f. col padrone porta l'acquisto de' frutti appena separati; d'altra parte una somma ragion d'equità persuadeva una limitazione, cioè un'azione personale da darsi al vero proprietario del fondo fino a che nuovi avvenimenti facessero sorgere a pro del possessore di b. f. altre ragioni di equità che la bilanciassero. Poichè è pur vero, che il fondo apparteneva ad un altro e che i frutti aveano preso dal fondo stesso vita e sostanza, anzi erano stati di quell'altro fino alla separazione quasi parti del fondo suo, *d. l. 44, de R. V.* In tali aggiunti era duro, che pel solo materiale avvenimento della separazione costui ne facesse irreparabil jattura ed il possessore ne facesse sicuro lucro. Queste stesse riflessioni suggeriscono il nome dell'azione personale che secondo noi aveva il padrone del fondo affinchè i frutti gli fossero resi. Era la *condictio sine causa*; quell'istituto, col quale suole il dritto nostro soccorrere i padroni, che in forza di una regola generale perderono il dominio, ma che sono appoggiati dal principio di equità che niuno arricchire deve coll'altrui jattura. — D'accordo colle nostre vedute è Paolo *l. 48, pr. de a. r. d.* quando dice, che il compratore di b. f. percependo i frutti « suos interim facit: » manifestamente considera l'evento d'una futura perdita di tal dominio, perdita che colui dovrà subire col renderli al padrone. Che poi ciò si operi mediante un'azione personale, cioè la *con*-

---

[1] Gaio stesso *l. 29, § 1, qui et a quib. manum.* dice anche d'un servo legato sotto condizione che « pendente conditione pleno jure heredis est. » eppure è evidente che il dominio dell'erede può essere rivocato. Agg. *De oblig. pag. 155.*

sine causa, risulta dalla *l. 78*, *de R. V.* Labeone avea scritto, che se tu possessore d'un fondo altrui « fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. » Il « dare oportet » accenna manifestamente alla formola d'una *condictio.* Paolo, censore di Labeone, lo corregge. È da preporre, che *fructus cogere* significa rimettere i frutti dopo raccolti e perfezionati col lavoro secondo la loro natura, p. e. l'olio dall'oliva, il vino dall'uva. Pertanto Paolo dice, che tutto consiste nel vedere se il possessore di b. f. li ha fatti suoi percependoli a suo nome; poichè nel caso affermativo, s' intende benissimo che contro di lui si dia azione personale per cui debba rendere il dominio (*dare*) al padrone del fondo « Imo quaeritur, si hujus fructus idcirco factus est, quod is suo nomine perceperit. » Quindi secondo Paolo è da ritenere l'opinione contraria a quella di Labeone; perchè per intendere percezione di frutti non è necessario che questi siano « perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra contineri se fructus desierint, » e ciò basta certamente per l'acquisto del dominio nel possessore di b. f. « statim enim ipsum accepisse fructum existimandus est. » Fra i due giureconsulti è accordo che, se azione si dia nella loro fattispecie contro il possessore di b. f. a causa de' frutti, questa solo esser possa una *condictio;* dissenso esiste soltanto se nella detta specie si faccia luogo ad essa, negando Labeone, Paolo affermando.

§ 355.

Qui si noti la differenza che sul punto de' frutti, percepiti dal possessore di b. f. prima della contestazione della lite, sisteva a' tempi della buona giurisprudenza fra la *hereditatis petitio* e la *rei vindicatio.* Fu regola speciale di dritto, stabilita per la H. P. dal senatusconsulto Giovenziano « possessorem non facere lucrum » *l. 22*, *l. 28*, *de H. P.* nde chi in buona fede possedesse un'altrui eredità così da essere compulso colla H. P., dovea nell'istesso giudizio rendere i frutti, in qualunque stato fossero stati ridotti purchè egli *locupletior esset*, *l. 20*, *§ 3*, *l. 25*, *§ 20*, *l. 26*,

l. 27, § 1, l. 30, l. 40, § 1, de H. P., l. 1, § 1, C. eod. Al che si prestava il concetto della domandata *universitas*, la quale di sua natura riceveva aumenti; per cui si potè dire che i frutti, in quanto avessero reso più ricco il possessore di b. f., accrescessero l'eredità, e indurre così nell' *hereditas* portata in quel giudizio i frutti medesimi, *d. l. 20, § 3, d. l. 27, pr., d. l. 40, § 1.* [1] Al contrario ne' possessori di b. f. di cose singo-

---

[1] Non fa ostacolo la *l. 1, Cod. Gregor. III, 1 Const. 1,* ove sotto il titolo *de petitione hereditatis* leggiamo « Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessorem restituere placuit » quasi che non li dovessero restituire nell' istesso giudizio i possessori di buona fede. Credo che vi si parli di possessore di m. f. nella H. P. non allo scopo di far contrasto col possessore di b. f. nella stessa H. P., ma bensì col possessore di m. f. nella R. V. — Imperocchè per giure antico nella sola H. P. venivano i frutti percepiti dal possessore di m. f. anche prima della contestazione della lite, come riferiscono Paolo e Papin. *l. 40, § 1, l. 51, § 1, de H. P.* sulla solita considerazione « augent hereditatem. » Ma il possessore di m. f. d'una cosa singolare neppure pe' frutti estanti, se percepiti prima della L. C. (dè' consunti vedi § 359), poteva esser tenuto colla R. V. della cosa principale: bisognava adoperare per questi una distinta R. V. Poichè la formola della vindicazione della cosa principale era concepita della cosa stessa, del fondo capenate; ora i frutti separati una volta dal fondo non ne formano più parte in modo alcuno, cf. *l. 44, de R. V.* E questo è indicato da Ulp. *l. 22, § 2, de pign. act.*, da Gordiano *l. 4, C. de crim. expil. here.* e più chiaramente ancora da Diocl. e Massim. *l. 3, C. de cond. ex lege.* Nè si oppone la *l. 22, C. de R. V.*, ove dagli stessi Diocl. e Massim. è detto « malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa se praestare. » Il « cum » va inteso non per l'unità dell'azione, ma per l'eguaglianza del dovere di restituzione, o anche per la parità di tempo delle restituzioni, sendochè le azioni, com' è facile ad intendere, solevano essere contemporaneamente esercitate. Così anche debbonsi prendere l'espressioni degl' Imp. medesimi *l. 17, C. eod. tit.* « tam fundum... quam fructus, » di Sev. e Anton. *l. 1, § 1, C. eod.* « non tantum ipsum sed etiam operas ejus necnon etc. » Così le simili di Gordiano *l. 5, C. eod.* « domum... cum pensionibus: » si noti che l' Imp. aggiunge ancora « et omni causa damni dati » mentre la stima del danno non sempre s' induceva nella R. V. come parte della stima della cosa da restituirsi, ma sovente era chiesta colla separata *actio legis Aquiliae l. 13, l. 14, l. 27, § 2, de R. V.* Così credo, che possano bene intendersi le parole riferite della *l. 22.* Ma non mi opporrei a chi le attribuisse ai compilatori. Giacchè in epoca di decadenza confusa l' importanza delle diverse azioni, fu ad esempio della H. P. introdotto, che nello stesso giu-

lari prevaleva la regola, che vedemmo, del dominio da acquistarsi loro dopo la separazione. Per la qual cosa non poteva competere alcuna R. V. contro di essi per tali frutti essendo assurdo che colla R. V. sian perseguitati i padroni. Solo per la ragione di equità suddescritta si ricorse ad un'azione personale. — Così fu il dritto finchè durò la buona giurisprudenza. In età di decadenza, allorquando le forme de' giudizi erano assai confuse, fu ammesso che la restituzione de' frutti si operasse per officio di giudice nell' istessa azione vindicatoria con cui la cosa era dal suo padrone dimandata, ad esempio dell' H. P., *§ 2, I. de officio judicis.* [2]

---

dizio di rivendicazione della cosa principale dovesse il possessore di m. f. restituire i frutti, *§ 2, I. de offic. judic.* — Dalle cose dette ben si comprende come, accennando al dritto classico (« placuit »), il rescritto del Cod. Gregor. segna un gius distinto quanto al possessore di m. f. nella H. P. Come anche s' intende perchè Stefano in un passo, che non abbiamo intero, ma ove certamente egli interpretava un testo di Paolo che è nella *l. 15, de usuris* (vedi § 365, n. 2,) dice, che nella speciale azione *in rem* non vengono i frutti percepiti avanti la L. C. « *τήν σπεκιαλίαν ἰν ρέμ οὐ καταφέρονται οἱ προ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποί* » *basil. XV, I, 45, sch 117, Heimb. II, suppl. pag. 25.* Infatti nel dritto che vigeva a' tempi di Paolo nè possessore di m. nè possessore di b. f. prestavano que' frutti nello stesso giudizio della cosa principale. Similmente si spiega Paolo *V, 9, 2.* Paolo parla di quella prestazione de' *dupli fructus*, che, imposta già dalle leggi decemvirali a chi *vindiciam falsam tulit*, era poi passata nelle rivendicazioni delle epoche più recenti (cf. principalmente Cujacio *obs. V, 21,* Gothofredo *ad l. 1, C. Th. de fruct. et lit. exp.*, Heimbach *Lehre von der Frucht p. 107, 163, segg.*, Huschke *Stud. p. 333,* Savigny *Syst. VI, p. 106, n. 1)*: e dice « ex die accepti judicii dupli fructus computantur. » Ma in conformità dell'esposta mutazione del dritto quindi avvenuta, Valentiniano *l. 1, C. Th. de fruct. et lit. exp.* quanto al possessore che era stato di b. f. afferma esser tenuto ai doppi frutti solo « a die accepti judicii, » ma quanto al possessor di m. f. stabilisce « ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur. »

[2] Neppure alle cose esposte fa ostacolo la *l. 22, C. de R. V.*, dove sotto i nomi di Diocleziano e Massimiano trovasi già detto « Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa se praestare (Cf. n. 1): bonae fidei vero extantes: post autem litis contestationem, universos » quasi che anche a tal'epoca i frutti percepiti dovessero essere resi dal possessore di b. f. nell' istesso giudizio di vindicazione intentato per la cosa princi-

§ 356.

Ma all'epoca della buona giurisprudenza la su esposta *condictio sine causa* era limitata nella sua importanza e nel suo esercizio. Così pel cessare delle ragioni di equità che l'avevano suggerita, troviamo che essa non avea luogo, quando il possessore di b. f. dovesse il suo possesso a compra fatta con un non padrone, aggiunta convenzione, che in caso di evizione avesse dritto non alla dupla o alla piena indennità ma alla sola restituzione del prezzo. Imperocchè, avvenuta l'evizione del fondo, non potendo ricuperare dal suo venditore che il prezzo e le usure da calcolarsi solo dal tempo della evizione; ne veniva che egli non potesse dirsi pienamente *locuplectior factus* coi frutti che pria dell'evizione avesse dal fondo percepiti; mentre supplivano la rendita del suo danaro che per quel tempo gli era assolutamente perduta. Ciò risulta dalla *l. 18*, *pr. de usur.* (corrisp. *fragm. vat. § 17*). « Evictis agris, si initio convenit, ut venditor pretium restitueret, usurae quoque post evictionem praestabuntur: quamvis emptor post dominii litem inchoatam fructus adversario restituit. Nam incommodum medii temporis emtoris damnum est. » Mette il frammento in confronto il dritto del possessore di b. f. ad aver le usure dal suo venditore, coll'obbligo suo di rendere i frutti al padrone de' fondi, nell'evidente pensiero di far valere questo quando valga anche quello; e nota che l'equilibrio verrà osservato, ad eccezione (« quamvis etc. ») del tempo interceduto fra la « lis inchoata » di vendicazione e la « evictio » avvenuta; pel qual tempo egli non avrà il primo, ma sì il secondo. Mentre dalla L. C. in poi l'obbligo di rendere i frutti è di regola fissa per la nota massima delle *l. 20*, *l. 35*, *§ 1, de R. V.*

pale (« cum ipsa re »). Oltrechè questa espressione trovasi enunciata nell'inciso che riguarda il possessore di m. f., e non nell'altro che esprime il possesso di b. f.; ripeto quel che dissi in d. not. 1, doversi intendere per simiglianza di esito di restituzioni, o per contemporaneità, non già per unità o eguaglianza di azione. Nè, come ivi soggiunsi, è improbabile, che sia stata aggiunta dai compilatori in vista del dritto ricevuto al loro tempo

§ 357.

Meritevole di maggiore considerazione è il cessare della *cond. sine causa* appena il possessor di b. f. consumi i frutti che avea percepiti. È noto, che quando si sta in sullo apprezzar l'equità non si procede come in questioni di mero dritto, dove si cerca la ragione netta e ricisa; ma si pongono in bilancia diverse considerazioni, e dal cooperare di esse si giudica. Ora tali considerazioni si accumulavano nel caso della consumazione in modo da far cessare o (che equivale) bilanciare da pari equità contraria quell'equità, che avea suggerito la *condictio*. In primo luogo spessissimo colla consumazione de' frutti finisce ogni *locupletatio*. Di modo che il dubbio restringevasi ai casi che una *locupletatio* resta tuttora, p. e. se il consumatore ha così risparmiato altri frutti percepiti da' suoi fondi, o consumò col vendere ed arricchirsi del prezzo. Ma anche allora non è più la locupletazione istessa di prima. Prima era locupletazione direttamente costituita dai frutti stessi percepiti dalla cosa dell'avversario, che avean preso vita e sostanza dalla cosa medesima, che erano stati di questo fino alla loro separazione, e che esistendo tuttora *clamabant ad veterem dominum*; finalmente era locupletazione che facilmente toglievasi colla semplice restituzione de' frutti stessi. Adesso invece è locupletazione composta indirettamente, mentre i frutti sono spariti; locupletazione che non può esser tolta se non prendendo un equivalente su danaro del possessore di b. f., danaro che non fu mai dell'avversario: nel che si troverebbe e minore equità per questo e maggior durezza per quello. Queste riflessioni, se non distruggevano, attenuavano certo di molto l'equità che persuadeva la *condictio*. Il colpo di grazia venne da un'altra giustissima osservazione che favoriva il possessore di b. f. Niuno può dire, che la coltura e le sollecitudini sostenute da un possessore per arrivare ad aver frutti dal fondo posseduto siano da per loro ragione giuridica onde esso li faccia suoi. Ma è pur vero, che è un gran motivo di convenienza per appoggiare tale acquisto; e

chi ciò neghi avrà nemico ogni economista che sa quanta è la relazione fra il lavoro e l'acquisto. Questa riflessione, che non sarebbe bastata per dar dominio sui frutti al non padrone pur di buona fede che coltivò e poi percepì (al che, vedemmo, condusse piuttosto il principio espresso nella *l. 136 de R. I.*), ebbe somma e principale influenza per lasciarlo tranquillo da ogni persecuzione personale dopo fatta la consumazione. Avvenuta questa, tal ragione di convenienza si presentava sotto il punto di vista il più luminoso; poichè la consumazione, che è il godimento, costituisce più spiccatamente il premio che l'uomo ritrae dal suo lavoro. La bilancia che già era squilibrata per le altre considerazioni su esposte cadde a favore del consumatore al peso di quest'ultima. Come in altri luoghi del dritto nostro trovasi riconosciuto che ben più facilmente s'imponga l'obbligo di restituire i frutti esistenti che non i consumati (cf. *l. 16, § 4, de pign. et hypoth.*, *l. 41. § 1, de re judic.*); così fu altrettanto ricevuto nella questione nostra, e colla consumazione de' frutti si consumò pur anco quella *condictio* che per lo innanzi contro il detentore de' medesimi veniva concessa.

§ 358.

Ecco pertanto lo sviluppo de' dritti e doveri del possessore di b. f. quanto ai frutti separati dalla cosa altrui. La equiparazione della b. f. al dominio forma la ragione civile netta e costante della sua proprietà su que' frutti *l. 25, § 1 de usur.*, *l. 48, pr. de a. r. d.* È accompagnata questa civil ragione, fino dalla separazione de' frutti, dalla ragione di convenienza della cultura e cura. [1] Però di fronte a queste ra-

---

[1] Egregiamente lo STINTZING *Das Wesen der b. f. etc. p. 7* in occasione della questione sulla vera ragione delle usucapioni pronuncia queste poche parole: Nella dottrina dell'acquisto de' frutti possiamo indicare, che v'era in base il pensiero d'un eccezional favore della retta volontà, ed un equo compenso *pro cultura et cura.* Meglio assai che lo SCHIRMER il quale chiama preponderante (« überwiegend ») la ragione della coltura e cura *Die Grundidee der Usucap. p. 138, add. p. 131.*

gioni tal dominio resta sottoposto a revoca per via di *condictio* fino alla consumazione, per l'altra pozior ragione di grande equità che vale pel padrone della cosa, che cioè altri non arricchisca con jattura sua. Avvenuta la consumazione, piglia luce più chiara la detta ragione di convenienza della cultura e della cura a favore del possessore di b. f.; ed, unendosi ad essa quelle altre nuove ragioni di convenienza, la detta equità, che fino ad allora valeva pel padrone della cosa, viene a mancar di efficacia, e il dominio del possessore di b. f. diventa irrevocabile. Non è dunque, che la proprietà de' frutti sia ingiusto premio della prontezza nel consumare, ma è in certo rapporto premio ragionevole delle fatiche. Nè in questo, ma in altro punto sta la vera ragione civile di detta proprietà: nel consumare si trova solo una considerazione di convenienza che, sempre esistita, si mette allora in maggior luce, e coopera gagliardamente alla estinzione della *condictio*. — Che la consumazione de' frutti fatta dal possessore di b. f. operasse nel senso descritto di far cessare ogni obbligo di restituzione nel possessore medesimo, apparisce dai testi nelle *l. 4, § 2, fin. regund., l. 40, de a. r. d., l. 22, C. de R. V., § 35, I. de rer. div., § 2, I. de off. jud.* [2] E che ciò operasse principalmente la ragione della coltura e della cura, risulta dal contesto del *d. § 35, I, de rer. div.* che ci ha condotto a questa disputa. Dice l'Imperatore « fructus quos percepit ejus esse *ex cultura et cura*. Et *ideo* si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo *consumptis* agere non potest (con *condictio* contemporanea). » L'Imperatore intendeva accennare al dominio acquistato colla percezione, e più largamente esporre la cessazione d'ogni persecuzione che avviene per la consumazione. Quindi adopera esclusivamente la ragione della cultura e cura, che per il primo aveva qual-

---

[2] Non è mancato chi neghi, che la consumazione liberi dall'obbligo della restituzione se il possessore di b. f. resti tuttora *locupletior*. Ma basta a confutare tale opinione l'espressione della *d. l. 4, § 2, fin. reg.* « lucrari eum oportet, si eos consumpsit. » — Come poi si debba intendere l'espressione di Africano *d. l. 40, de a. r. d.* » consumptos suos faciat » in armonia colla nostra esposizione, diremo in seguito § 362.

che valore e per la seconda lo aveva gravissimo. Come Paolo nella *l. 48, pr. de a. r. d.* dalla semplice considerazione della buona fede dà un dominio *interim*, così Giustiniano dall'altra considerazione della cultura e cura conchiude (« et ideo ») alla piena quiete dopo la consumazione.

§ 359.

Nè nuova ed isolata comparisce la considerazione della cultura e della cura nel *d. § 35.* Trovasi adoperata nella *l. 44. § 1, ad SC. Trebell.* dal giureconsulto Marcello, come ragione dello attribuire agli eredi i frutti della cosa legata pel tempo antecedente alla costituzione in mora. Credo, che per simil ragione fosse introdotto che il creditore potesse far suoi i frutti del pegno; lo che pur sembrerebbe in antagonismo col carattere del pegno, escludente di sua natura l'uso, ed importante solo la sicurezza di futura soddisfazione del credito (§ 41, no. 2). Credo ancora, che dalla ragione medesima sia retta la massima che troviamo più volte enunciata, il possessore di m. f. pe' frutti percepiti avanti la L. C., e consumati, non esser tenuto con una rivendicazione ma con una *condictio*, *l. 22, § 2, de pign. act.*, *l. 3, C. de cond. ex lege.* Perchè non si potrà vindicarli mentre pur sembra che il possessore di m. f. consumandoli *dolo desierit possidere?* [1] La ragione, a mio avviso, nella suddescritta intima e forte relazione in cui la consumazione sta colla cultura e la cura. Non fu stimato atto abbastanza doloso quando consumò colui che coltivò e curò [2] — Finalmente la influenza, che la ragione

---

[1] Noi non siamo dell'opinione di coloro, che per dire che altri *dolo desiit possidere* richieggono che egli abbia cessato dal possedere per lo scopo esclusivo di frodare la vindicazione. Ci basta il fatto della perdita eseguita dal possessore di m. f., mentre col solo disporre così della cosa non sua egli commetteva dolo.

[2] Come vedemmo, che, confuse le forme de' giudizi, si cominciò ad indurre la prestazione de' frutti non consumati dal possessore di b. f. nella R. V., ad esempio della H. P.; così per l'istessa occasione e sull'istesso esempio fu allora ricevuto che nell'istessa R. V. sulla cosa principale il

nella cultura e cura ebbe nel dare la descritta efficacia alla consumazione de' frutti fatta dal possessore di b. f., forma l'unica considerazione che spiegar possa a mio credere l'apparente famosa antinomia fra la *l. 48, pr. de a. r. d.* Paolo, e la *l. 45, de usuris* Pomponio. Mentre Paolo dice, che il compratore di b. f. fa col percepire suoi i frutti « non tantum eos qui diligentia et cura ejus pervenerunt, sed omnes, » Pomponio invece concede al possessore di b. f. soltanto quelli che « suis operis acquisierit » non quelli che nascano « non ex facto ejus. » Ognun sa quanti sforzi d'ingegno siano stati fatti nel tentare ora interpretazioni ora correzioni di questi due frammenti. Se per la mia pochezza non prendo abbaglio, nel sistema da me proposto la composizione è fluidissima. Poichè la considerazione che aveva grandemente contribuito a porre il dominio del possessore di b. f. sui frutti percepiti e consumati in uno stato di sicura durevolezza consisteva nella cultura e nella cura da esso avuta verso i medesimi; veniva per necessaria conseguenza, che conchiusione contraria si facesse, la *condictio* perseverasse a carico del possessore medesimo, quando si trattasse di frutti nati spontaneamente senza alcun suo fatto e diligenza; come se fossero pomi nati da per loro o di rami cresciuti ne' boschi. Tutti indistintamente i frutti per la separazione dal suolo cadevano nel dominio del possessore di b. f.; e ciò dice Paolo. Ma questo dominio non poteva aspirare ad esser sicuro dalla *condictio* se non riguardo ai frutti acquistati col lavoro, mentre solo questi cesseranno dallo esser obietto della *condictio* quando saranno consumati; e ciò intende Pomponio. Che l'espressioni di Pomponio « suos

---

possessore di m. f. prestasse i frutti consumati, *§ 2, I. de off. jud.* In verità all'epoca classica nella H. P. il possessore di m. f. prestava nell'istesso giudizio di eredità anche i frutti consumati. Perchè nella H. P. i frutti tutti percepiti dal possessore di m. f. non sono considerati nella loro schietta e semplice natura, sulla quale si basava la detta ragione di non comprenderli consumati nella R. V.: ma pigliano aspetto d'aumento del capitale, della eredità; e come tali non possono non esser prestati dal possessore di m. f. checchè esso ne abbia fatto dopo la percezione, *l, 40, § 1, de H. P.*

facit . . . non sit ejus » convengano alla nostra interpretazione, come le simili della *l. 40, de a. r. d.* (§ 357, no. 2), lo mostreremo senza molta difficoltà al § 362.

§ 360.

Non è certo una nuova idea questa, che la consumazione dia al possessore di b. f. una sicurezza che non gli veniva dalla sola percezione. Molti scrittori hanno battuto questa via.[1] Ma il punto importante, in cui la opinione da me proposta diverge, è sull'azione che contro il possessore competa secondo il dritto romano de' buoni tempi avanti la consumazione. Quegli scrittori credono, che la consumazione aggiunga qualche cosa al dominio acquistato già colla percezione, riguardando il dominio nella sua stessa costituzione. Distinguono il dominio temporale, interinale, per se rivocabile, dal perpetuo e per se irrevocabile; quello danno alla percezione, questo alla sola consumazione. Per lo che allo scopo di ripigliare i frutti estanti dal possessore di b. f., danno la R. V. Questo, se mal non m'appongo, è un errore. Il dritto romano per regola non ammette che dominio sia per se ossia *ipso jure* rivocabile, così che da un padrone possa esser tolto un oggetto per via di R. V. Vedemmo nel lib. *De obligat. p. 151, segg.*, che anche se dominio passò sotto condizione risolutiva, non per questo è risolubile *ipso jure* nè, esistendo la condizione, può esercitarsi la R. V., ma solo un'azione personale. Quindi anche nel caso abbiamo qui difeso l'uso della *condictio sine causa*, e ci pare, se non c'illudiamo, in armonia colla natura di questa *condictio* e coi frammenti nostri. — Altre soluzioni hanno dato altri autori alla nostra questione, ma a quel che mi sembra si sono gli uni cogli altri pienamente confutati. Di recente è stata proposta eruditamente una nuova spiegazione ai testi che ora dan peso alla percezione ora alla consumazione. Si dice, che per dritto antigiustinianeo colla

[1] Ved. CUJAC. *V. 729, A.*, VINN. *ad § 35, I. de rer. div. num. 9*, VOET *ad tit. de a. r. d. num. 29*, SINTENIS *I. § 49, n. 31.*

percezione il possessore di b. f. acquistava un sicuro dominio. Giustiniano aver voluto, che il dominio si acquistasse colla consumazione *§ 35, I. de rer. divis.*, *§ 2, I. de off. jud.* Avere i testi tutti delle pand. e del cod., ove sotto nomi di antichi giureconsulti o impp. è dato peso alla consumazione, sofferto la mano dei compilatori. Viene difeso tale assunto coi seguenti cinque argomenti. 1°: si può spiegar solo colla mancanza di logica de' compilatori quella contradizione de' testi; contradizione, perchè è impossibile che divenga nostro colla consumazione quel che già è nostro colla percezione. 2°: solo in tal modo si può spiegare la riduzione dell'acquisto alla consumazione di fronte all'altra considerazione, che cioè così la *fructuum perceptio* vien ridotta a nulla: dappoichè anche sulla cosa principale la consumazione fatta da possessore di b. f. lo libera da ogni rivendicazione, mentre nè più possiede nè cessò dolosamente dal possedere. 3°: il confronto del testo genuino di Gajo nella *l. 28, pr. de usur.* dove leggiamo che i frutti « pleno jure sunt bonae fidei possessoris » col *§ 37, I. de rer. div.* che è tratto dall'istesso passo di Gajo, tolta però quella frase. 4°: que' testi medesimi che, come vedemmo, stabiliscono che il possessore di b. f. è tenuto nella R. V. sulla cosa principale solo de' frutti percepiti dopo la contestata lite; dunque non è pel dritto antico genuino tenuto dei percepiti per lo innanzi seppure esistenti. Pertanto per i frutti, percepiti avanti la contestazione della lite da un possessore di b. f., converrebbe escogitare o una separata rivendicazione o una *condictio*; ma coteste azioni si danno solo contro il possessore di m. f., *l. 22, § 2, de pign. act.*, *l. 3, C. de cond. ex lege*, *l. 4, C. de crim. exp. her.* 5° finalmente: la inetta mano dei compilatori si ritrova nelle stravaganze che si veggono ne'testi da loro manomessi. Ad essi è dovuto l'*interim* della *l. 48, pr. de a. r. d.*, mentre in dritto romano il dominio non è cosa che spirar possa da se: ad essi la sintassi assurda della *l. 4, § 19, de usurp. et usuc.*

§ 361.

Non potemmo sottoscrivere a tali vedute, benchè con tanta diligenza difese. In primo luogo se pur fosse (come dicesi da chi le tiene) una follia il desiderare la costituzione di Giustiniano che abbia fatto la supposta mutazione di dritto; è tutt'altro che follia il desiderare almeno che laddove Giustiniano si occupa della efficacia della consumazione, cioè nei *§ 35, I. de r. d.*, e *§ 2, I. de off. jud.*, accennasse alla esistenza di tale costituzione o almen dicesse che il dritto antico era da se cangiato. Non neghiamo davvero che possano trovarsi differenze fra il dritto antico ed il giustinianeo senza che abbiamo la costituzione imperiale che nominatamente le abbia prescritte;[1] ma insolito sarebbe al costume di Giustiniano il non esprimersi sopra una sua opera innovatrice in cosa di rilievo.[2] V'è ancora di più. Non pretendo qui di

[1] Vengono arrecati da chi sostiene la opinione che qui esaminiamo gli esempi sugli aboliti *cognitores*, e sugli aboliti *sponsores* e *fidepromissores*. Però veramente in questi casi è ben naturale che non abbiamo le costituzioni abolitrici; giacchè è assai probabile che non per alcuna espressa costituzione, ma per costumanza i relativi cangiamenti avvenissero. Il primo. dopo che le leggi avevano parificato negli effetti i *cognitores* ai *procuratores praesenti dati*, ed erasi in altri modi ampliata l'efficacia delle procure. Il secondo, dopo il pieno sviluppo delle *fidejussiones*.

[2] Invano si oppone, che la mutazione fatta da Giustiniano apparisce dal confronto della costituzione di Valentiniano *l. 1, C. Th. de fruct. et lit. exp.* coi *§ 35, I. de r. d.*, *§ 2, I. de off. jud.*, e colle mutilazioni fatte a quella costituzione nella *l. 2, C. Iust. de fruct. et lit. exp.* Questa costituzione di Valentiniano, di cui gia parlammo § 355, n. 1. fi., è così concepita nel Codice teodosiano « Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubavit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur; nec tantum simplorum fructuum praestationem, aut ipsorum quos ipse percepit, agnoscat: sed duplos fructus, et eos quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur: ei vero qui simpliciter tenet, ex eo quo re in judicium deducta scientiam malae possessionis accepit. » Sarebbero in contradizione i due paragr. delle istituzioni, se Valentiniano dicesse, che i frutti stessi percepiti prima della contestata lite non dovessero esser resi dal possessore di b. f. Ma invece Valentiniano dice soltanto, che chi ha posseduto in b. f. non è prima della

fare il campione di Triboniano: nè m'oppongo finchè si dica che la compilazione abbia potuto riportare nella Collezione molti testi che ripetono una stessa disposizione di dritto antiquato. Ma non posso persuadermi, che fra i testi sfuggiti alla compilazione sia la *l. 28. pr. de usur.* mentre i compilatori lavorarono sull'originale e ne tolsero il « pleno jure sunt bonae fidei possessoris » quando lo riportarono nel *§ 37, I. de r. d.*; nè la *l. 4, § 19. de usurp. et usuc.* laddove è detto che il frutto « statim emtoris sit » mentre chi sta per l'opinione che esaminiamo crede ravvisarvisi la mano de' compilatori medesimi nell'altre espressioni « si consumpti sint. » In due frammenti dove Triboniano e i suoi compagni avessero lavorato secondo la disposizione nuova, non mi par possibile che possa ritrovarsi lasciata per inavvertenza la disposizione antica senza supporre e Triboniano e i compagni dissennati affatto. Pertanto ritengo, che l'acquisto del dominio de' frutti pel possessore di b. f. fosse retto dalle regole sopra esposte secondo le mie vedute, tanto nel dritto antico che nel nuovo. Sola varietà fra l'epoche diverse è quella che indicammo, riguardante i mezzi coi quali prima della consumazione può il padrone del fondo ritogliere al possessore i frutti percepiti. Anticamente era la *condictio*; poi ne fu fatta una giunta nel giudizio di rivendicazione della cosa principale. Mutazione introdottasi facilmente in epoca di decadenza sulle azioni e sui giudizi, e dovuta esclusivamente a ciò, e non a cangiato dritto sull'acquisto del dominio.

---

contestazione della lite tenuto de' doppi frutti, e di quelli che non ha percepito ma erano da percepirsi, e che di questi è tenuto solo dopo essa contestazione dacche passò in m. f. Quantunque la *lex Burgundiorum* in altre parti non bene intendesse le legge di Valentiniano (cf. *b. tit. 35*), nel punto nostro la intende ottimamente così « Si vero simpliciter possidet, usque ad conventionis tempus simplos fructus dissolvat, post conventionem duplos, ut dictum est, inferat repetenti. » *a. tit. 8.* Quanto alle mutilazioni fatte nella *l. 2, C. Iust.*, non son fatte nel senso d'indurre ne' possessori di b. f. un nuovo obbligo che prima non avessero, ma anzi nel senso d'esimerli dalla prestazione dei frutti doppi dopo la contestazione della lite, lasciando solo per questo tempo l'obbligo ne' medesimi di prestare anche i frutti percipiendi.

§ 362.

Ora vediamo di rispondere agli opposti argomenti. — Al 1°: È Africano che nella *l. 40, de a. r. d.* dice a proposito della consumazione « fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor. » E se i giureconsulti il « suum facere » usassero sempre nel senso stretto e proprio di acquistare il dominio, sarebbe al certo contradizione coi testi che ciò attribuiscono alla separazione dal suolo. Ma non è punto nuovo che l'istessa espressione venga adoperata figuratamente nel senso di segnalare il consolidarsi d'un dominio già acquistato così che il padrone cominci ad esser sicuro contro l'attacco di una *condictio* fino ad allora competente. Vedemmo § 231 ottre un passo di Varrone *de l. l. lib. 6, 5*, frammenti di Ulp. *l. 18, pr. de R. C.* e soprattutto di Giuliano, discepolo d'Africano, nella *l. 2, § 5, de donat.*; che simili espressioni prendono in quel senso improprio. Improprio sì, ma assai uniforme ai pratici modi di vedere, de' quali i giureconsulti nostri tanto si compiacevano. Anzi, se mai altrove, l'uso di questo figurato parlare era nel caso nostro approvabile. Imperocchè essendo il supremo carattere del dominio quello di poter *abuti* delle cose senza doverne render ragione a chicchessia, senza restarne verso alcuno obbligato; la consumazione nel nostro caso caratterizzava più splendidamente il dominio del possessore di b. f. ne' frutti, perchè per essa accadeva che da ogni obbligazione in riguardo de' medesimi egli cominciasse ad esser disciolto. D'altra parte quel modo di parlare esprimeva vivamente la cessazione della *condictio sine causa* per mezzo dell'atto di consumazione. Dappoichè il carattere della *cond. sine causa* è che tolga la locupletazione *ex re aliena* cioè in quanto che una cosa fu una volta altrui; siccome parla Africano stesso sull'autorità dello stesso Giuliano nella *l. 22, de R. C.* e nella *l. 30, pr. de act. emti.* Onde la consumazione che estingue la *cond. sine causa* ad onta della perseverante locupletazione del possessore di b. f., è un atto in forza del quale i frutti si riguardano sotto ogni aspetto come se mai

fossero stati in altrui proprietà neppure all'epoca della loro unione al suolo, e sono richiamati nella sola ed unica ispezione del dominio che il possessore di b. f. aveva acquistato sui medesimi. — Simile interpretazione va data alle espressioni di Pomponio *l. 45, de usur.* (§ 359).

§ 363.

Al 2°: Di fronte alla spiegata efficacia della consumazione resta sempre giusto ed utile il contrassegnare la *fr. perc.* come uno special modo di acquistare. Lo è, perchè, come mostrammo, la *f. p.* genera il dominio anche prima della consumazione. Nè si opponga, che questo dominio anteriore alla consumazione fosse inefficace, immeritevole perciò di alcun riguardo. Perchè primieramente non è mai inutile il marcare una cosa, quando la sua costituzione è un postulato delle regole di dritto. In secondo luogo quel dominio precedente alla consumazione produce gravissimi effetti; come il potere il possessore di b. f. perseguitare colla vindicatoria que' frutti che venuti fossero nelle mani di terza persona. Non basta. Anche dopo la consumazione è assai diversa la causa de' frutti dalla causa della cosa principale. Seppur supponiamo consumata dal possessore di b. f. la cosa principale, egli comincia allora ad esser tenuto con una *condictio* se consumandola rimase *locupletior l. 23, de R. C., l. 30, pr. de act. emti.* Mentre la consumazione de'frutti, comunque il possessore di b. f. resti *locupletior*, estingue invece quella *condictio* che competeva per lo innanzi.

§ 364.

Al 3°: La ragione per cui Giustiniano nel riportare nel § *37. I. de r. d.* la *l. 28, pr. de usuris* ne tolse l'espressione « pleno jure sunt bonae fidei possessoris, » è perchè l'imperatore già nell'antecedente *§ 35* aveva esposto il dritto sul possessore di b. f. quanto ai frutti. Passava quindi ne' segg. § *36, 37, 38* a parlare esclusivamente dell'usufruttuario. Quindi nel formare il *§ 37,* che sta nel bel mezzo di questo nuovo

trattato, valendosi del passo di Gajo riportato anche nella *l. 28, pr. de usur.*, Giustiniano non poteva trascriverlo tal quale era. Poichè Gajo vi aveva parlato e del possessore di b. f. e dell'usufruttario, anzi di quello prima di questo: e ciò non poteva fare l'imperatore senza *actum agere* ed incorrere in una sconcia ed inopportuna ripetizione. È perciò, che non fece il cangiamento togliendo le sole parole « statim pleno jure » e lasciando tutte le altre; come avrebbe dovuto fare se il motivo del cangiamento fosse stato quello pensato nell'opinione di cui ci occupiamo: ma soppresse tutte le parole « pleno jure sunt bonae fidei possessoris, » tolse interamente la menzione del possessore di buona fede. Qui non posso astenermi dal ripetere, che, se i compilatori nel prendere dal *lib. 2, rer. quotid.* di Gajo il *§ 37* dell'istituzioni, ne avessero tolto quella frase per servire ad una nuova regola sull'acquisto de' frutti, avrebbero senza dubbio fatto altrettanto nel riportarlo nelle pandette. Non lo fecero, per la buona ragione che nulla vi era da mutare anche secondo le loro vedute sul detto acquisto.

§ 365.

Al 4°: La ragione, per cui il possessore di b. f. è tenuto colla R. V. solo ai frutti percepiti dopo la L. C. e non a quelli percepiti prima, è perchè di questi è padrone e come tale non può essere convenuto con quell'azione. Ciò non toglie che possa esser tenuto con azione personale per questi frutti medesimi. [1] Nè so vedere quale opposizione trovar si voglia in

[1] Non è necessario spingere la differenza segnalata fra H. P. e R. V. nella *l 2, C. de petit. hered.* fino a dire, che mentre nella H. P. i possessori anche di b. f. son tenuti ai frutti percepiti (§ 355), non lo fossero in alcun modo i possessori delle cose singolari. Un tal Marcello avea intentato e vinto una lite sulla eredità d'un tal Menecrate contro l'erede scritto. Trovò, che un certo Museo avea comprato dal medesimo erede scritto la metà dei beni di Menecrate. Non è dubbio, che egli potesse contro Museo o gli eredi di esso rivendicare le cose vendute. Quanto ai frutti Marcello credeva poterli ripetere con quella stessa estensione che è ammessa nella H. P. Ma Severo e Antonino distinguono. Prima fanno il caso che Museo

que' testi che una *condictio* danno contro il possessore di m. f. de' frutti consumati. Testi, che diano una *condictio* contro il possessore di m. f. in un' ipotesi, non ostano punto che si ammetta una *condictio* contro il possessore di b. f., massimamente in ipotesi del tutto diversa. [2] Quei testi provano solo, che quando il padrone della cosa principale non può valersi della R. V. per ripetere i frutti, è ordinario dargli una *condictio* se l' equità lo giovi. Come ancora vedemmo dalle *l. 23, de R. C., l. 30, pr. de act. emti,* che *condictio* è data anche contro i possessori di b. f. in ragione della locupleta-

comprasse in m. f.; lo che si verificò se comprò mentre al venditore era già stata intestata la lite di eredità da Marcello, mentre dovea sapere che niuno può disporre delle cose sulle quali è stata contestata la lite. Ed in tal caso dicono gl'impp. « tam ipse m. f. possessor, quam heredes ejus, fructus restituere coguntur; » cioè i percepiti dopo la L. C., nella stessa rivendicazione delle cose principali; i percepiti dopo, con una distinta rivendicazione se estanti, con una *condictio* se consumati. Poi passano gl' impp. al caso che invece Museo comprato avesse in b. f. mentre quella lite d'eredità non era stata ancor mossa; ed allora decidono che i frutti i quali sicuramente possono richiedersi, sono soltanto i percepiti dopo la L. C. « ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. » E, rispondendo all' esempio della H. P. allegato da Marcello, rendono la ragione così « Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur, » Il principio « fructus auget hereditatem, » onde tanta larghezza proviene nella restituzione de' frutti, vale solo rapporto ai possessori *pro herede* o *pro possessore* d'una eredità contro i quali può la H. P. esser promossa. Ma Museo possedeva col singolar titolo di compra. Onde non poteva esser convenuto colla H. P.; ed i confini, entro i quali i suoi doveri erano da determinarsi, si trovavano in quelli stabiliti dal diritto sulle cose singolari. Posto ciò, non poteva Museo, o chi gli era succeduto come erede, esser compulso pe' frutti con quella estensione che Marcello avrebbe desiderato: ma solo per gli estanti colla *condictio,* pei consumati non affatto benchè restasse *locupletior.*

[2] L'istessa osservazione andrebbe fatta, se coll' istesso metodo di argomentazione, ci venisse opposta la *l. 15, de usuris.* Paolo non dà una teoria che esaurisca la materia, ma risponde ad un caso « lib. 16. Respons. respondit. » Infatti anche verso i possessori di m. f. non è sempre vero che i frutti percepiti si debbano *condicere,* ma ciò è vero solo dei consumati secondo le cose dette di sopra.

zione che loro resta dopo consumata la cosa principale. I[n] quest' ordine d' idee entra pur la *condictio* da darsi per i fru[tti] estanti contro il possessore di b. f.

§ 366.

Al 5°: Quanto all' « interim » della *l. 48, de a. r. d.* va[r]rebbe l'obbiezione se anche noi l' interpretassimo nel sens[o] di una futura risoluzion di dominio *ipso jure*, la quale è contro le regole del dritto romano. Ma egregiamente può dirsi, ch[e] « interim » appartenga il dominio a colui, il quale lo perde[n]… costretto a far restituzione da una azione personale, siccom[e] noi intendiamo. — Resta il discusso luogo di Paolo *l. 4*, § … *de usurp, et usuc.* « Lana ovium furtivarum, si quidem apu[d] furem detonsa est, usucapi non potest: si vero apud bon[a]e fidei emtorem, contra; quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sint; quod verum est. » È nota l'emendazione proposta da Jhering che invece del « si consumpti » sostituisc[e] « si non summissi; » ovvero « si nondum summissi; » ben confutata dal prof. Buonamici *Arch. giurid. XIV, pag.* 35 seg[g.] È azzardato il correggere, quando tutti i manoscritti sono d[i] acccordo nel « si consumpti. » Nè è necessario. Giacchè lasciando la correzione di Jhering, e l' altra ingegnosa del D[e] Gioanni « *si concepti* » (*Arch. giur. XV, p. 207 segg.*), il test[o] può spiegarsi ottimamente. Vedremo (§ 575), che un acquiren[te] di b. f. fa suoi, come tutti i frutti, così i frutti del bestiame se vengano separati presso di lui; benchè concepiti presso un ladr[o]. nel che è differenza col parto dell' ancella che non è in frutt[o]. . *48, § 2, de a. r. d., l. 48, § 6, de furt.* [1] Solo se fossero g[ià] raccolti dal ladro, allora l' acquirente di b. f. non può farli su[oi] neppure coll'usucapione vietandolo le leggi decemvirali e [la] legge Atinia. Ciò posto, quando Paolo, dopo negata l' usucapione della lana delle pecore furtive nel caso che fossero tosate presso il ladro, soggiunge « si vero apud b. f. emtorem

---

[1] Della *l. 48, § 5, de furt.* ved. d. § 575.

contra, » non intende, che in quest'altro caso sia luogo ad usucapione, assurdo essendo che si usucapisca quel che divien subito nostro. Ma intende segnar la differenza dal primo caso; in quanto che in esso primo caso, negata la usucapione, era negato qualunque acquisto di dominio nel possessore di b. f., mentre per converso nel caso secondo l'acquisto avea luogo per mezzo della *fructuum perceptio.* Quindi prosiegue egregiamente « quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. » Finalmente Paolo si accinge a dire de' feti delle pecore quel che avea detto della lana, a parlarne come ne parla nella *d. l. 48, § 2, de a. r. d.* Se non che il profondo giureconsulto vuole avvertire, che colla sola separazione si forma un dominio che può esser ritolto (« interim » diceva nella *d. l. 48, pr.*); e che soltanto colla consumazione accade un vero lucro (lo diceva esso stesso nella *l. 4, § 2, fin. regund.*), ossia cessa la *condictio sine causa.* Ciò che, come vedemmo, poteva esprimersi così « consumptos suos fieri. » Questa avvertenza non era molto pratica nella lana, la quale appena tosata suol vendersi; che è pure, siccome è noto, una maniera di godimento, di consumazione: per cui non era frequente l'esercizio della *condictio*, alla quale non sarebbe tempo idoneo altro che fra il tosare e il vendere. Perciò Paolo omise di fare quell' avvertenza quanto alla lana; uomo pratico, siccome lo furono eminentemente i giureconsulti romani. Ma ben pratica era per gli agnelli, i quali non sogliono esser venduti o altrimenti consumati appena nascono, anzi sovente si conservano lungamente pel gregge; onde l'esercizio della *condictio* era probabilissimo. Perciò ei pone l'avvertenza in questo punto « Idem in agnis dicendum, si consumpti sint; quod verum est. » Cioè: Quel che dissi della lana, che seppur cresciuta presso il ladro non sfugga al dominio del compratore di b. f. il quale tosi, a differenza della tosata presso il ladro che non entra in quel dominio neppure per usucapione; ritenere si deve degli agnelli. Ancor questi sebbene concepiti presso il ladro non sfuggono al dominio del compratore di b. f., che li fa suoi irrevocabilmente e senza tema di *condictio* quando li consumi. — Testo concettoso e pieno di profondi

pensieri: conciso assai, com'era costume di Paolo, di quel-l'*oraculum juris* a cui il buon Fulgosio avrebbe voluto tirare i capelli per farlo parlare più esplicitamente.

§ 367.

Conchiudiamo, che, messe da parte altre benchè sottili opinioni, meglio sembra ritenere, che la principal ragione della *f. p.* è la buona fede e la sua regolare equiparazione al dominio; che v'entra anche la ragione di convenienza della cultura e cura; che questa ragione opera sommamente ad escludere la ripetizione per mezzo di *cond. sine causa*, allorquando sopraggiunga la consumazione. Il possesso non è la principale ragione, la *f. p.* non può dirsi suo effetto. E così è dimostrata alla fine la nostra tesi, che due soli sono i veri effetti del possesso. Primo l'usucapione. Secondo, alcuni interdetti, cioè fra gl'interdetti, che regolano il possesso, quelli che principalmente derivano da un possesso precedente. Sono dei *retinendae possessionis*, e *retinendae quasi possessionis*, i seguenti, *uti possidetis*, *de superficiebus*, *utrubi*, *de itinere utendo*, i due *de aqua*, *de rivis*, i due *de fonte*, *de cloacis*; dei *recuperandae* il *de vi* semplice. Nella seconda parte del nostro lavoro ci occuperemo e dell'usucapione e di quest'interdetti.

CAPO OTTAVO

Difese del possesso.

§ 368.

Quegli stessi interdetti, che vedemmo potersi dire effetti di possesso, ne sono pur anco difese. Imperocchè il possesso vi opera nel senso, che il pretore nel regolare il possesso ha scelto questa ragione, che non si debba togliere il possesso a chi lo ha, finchè non si provi dritto in contrario (§ 55, 56). Creò a questo modo un dritto relativo del possessore sulla cosa posseduta (§ 70); dritto difeso con quegli interdetti. Come accennavo nel fine del capo precedente, rimettiamo questo trattato alla parte seconda del nostro lavoro.

§ 369.

Vi sono, oltre quest' interdetti, altri difese del possesso? Fra gli scrittori di trattati sul possesso Bruns *Das Recht des Bes. im Mittelalt. pag. 27 segg.* ha il merito di avere con un certo sviluppo esposto per primo la tesi, che all' infuori degl'interdetti i quali sono immediate difese del possesso, possano talvolta a mediata difesa del medesimo essere adoperate quelle stesse azioni, rivolti quegli stessi rimedi, che ordinariamente difendono i dritti. Egli prova la tesi in genere colla *l. 1, § 4, uti possid.* « Restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur, aut per actionem. » Poscia sviluppa i casi che secondo lui si trovano nelle pandette. Bene invoca le *l. 2, de*

cond. tritic., *l. 25*, *§ 1*, *de furt.*, la *l. 15*, *§ 1*, *de cond. indeb.*, le *l. 9*, *pr.*, *l. 21*, *§ 2. quod. met. ca.*, la *l. 23. § 2, ex quib. ca. major.*; nelle quali veramente sono proposte le *condictiones*, le azioni le restituzioni in intero, dirette al solo possesso, come apparirà dalla esposizione che ne farò in seguito. Questi son buoni esempi. — Non ho aggiunto ai casi di *condictiones* applicate al possesso il testo invocato da Bruns nella *l. 6, de don. i. v. e. u.* « quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex injusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet. » A me sembra evidente, che non si tratti d'una *condictio* di possesso. Convien leggere il testo insieme alla precedente *l. 5*, *§ 18*, a cui è congiunto per unità di trattato e di discorso. Dice la *l. 5*, *§ 18* « In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem extet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est: ». Segue la *l. 6*. « Quia quod ex non concessa etc. » É chiaro, che si dirige non al valore del possesso che neppure più esisteva nel reo convenuto, donatario, dopo la consumazione; ma alla locupletazione qualunque e di qualsiasi importanza essa fosse. È uno de' casi, ne' quali la *consumptio* genera una *condictio sine causa.* [1] — Non ci deve sfuggire una nota apposta da Bruns a *pag. 34* dove dubbiosamente riferisce alle *condictiones possessionis* la *l. 21*, *ad SC. Trebell.*, e, siccome si scorge dal suo ragionare, anche, e più risolutamente, la *l. 40*, *§ 1*, *de cond. indeb.* Apparirà da ciò che esporrò in seguito che secondo il mio parere alle *condictiones possessionis* appartiene il primo ma non il secondo testo. Del pari esso Bruns nell' altra più recente opera *Besitzklag. pag. 26*, enumera anche il caso dell'inedificatore in suolo altrui che senza usare del dritto di ritenzione restituiva al padrone il fondo. E questo troveremo in parte discordante dai nostri pensieri.

---

[1] Altri se ne trovano nella *l. 3*, *C. de cond. ex leg.*, e nella *l. 9, § 1. de SC. Maced.* cf. *l. 14, de R. C.* Nel mio *lib. De obligationib. pag. 480 seg.* procurai di ridurre a teorie i molti casi ne'quali il dritto romano dà alla

§ 370.

Dopo il Bruns altri scrittori han lavorato, benchè non diffusamente, sulla presente indagine, specialmente il Windscheid *§ 161*; ma credo che in genere non siano esattamente invocati i testi aggiunti da essi. In parte Windscheid, in parte altri dopo di lui, riferiscono al presente articolo le *l. 19, § 2, de precar*, [1] *l. 13, § 1, depos., l. 3, l. 7, § 2, l. 8, pr., § 1, l. 10, pr. de cond. furt.*: sostengono che in questi luoghi si dà una *condictio possessionis* contro colui, al quale competeva lo aver di fatto una cosa altrui ma con obbligo di restituzione (p. e. un comodatario un depositario un conduttore), e che si renda infedele rifiutando al padrone tale restituzione. A mio avviso in que' testi la *condictio* ha veramente per oggetto la *res*. Infatti quanto alle *l. 3, l. 7, § 2, l. 8, pr., § 1, l. 10, de cond. furt.* neppure sono scritte sul caso d'infedeltà, ma sul caso d'un furto in genere; e stabiliscono che nella *condictio furtiva* s'induce l'interesse dell'attore, e definiscono l'importanza ed estensione di questo in parecchi aggiunti di fatto. — Di quel caso d'infedeltà sono scritte le altre *l. 19, § 2, de precar., l. 13, § 1, depos.*; ma, come dissi, vi si dà una *condictio rei* non *possessionis*. È da ricordare ciò, che per se è chiaro ed è ben esposto da Bruns *Das Recht des Besitzes pag. 35*, cioè quel che distingue la efficacia della *cond. rei* e della *cond. possess.* La prima è rivolta alla cosa certa e determinata ed importa la condanna *quanti ipsa res est* vale a dire al valore intero e complessivo della cosa medesima: la seconda soltanto ed unicamente a quanto interessa all'attore il possedere. Onde è che questa seconda è una *condictio incerti.* Testi nella *l. 21, § 2, quod met. ca., l. 1, § 41, l. 6, de vi, l. 3, § 11, uti possid., l. 74,*

---

consumazione l'effetto di generare un'azione, prima di essa non esistente, e talvolta anche di confermare un negozio invalido o dare ad un atto un carattere nuovo.

[1] Il Bruns nella citata posteriore opera *Besitzkl. p. 186* accetta il caso di questa *l. 19, § 2,* come di *condictio possessionis.*

de furt. [2] Ora veniamo a que' due frammenti. Quanto alla *l. 19. § 2, de precar.*, essa è così concepita « Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus: sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis. » È la *praescr. verbis* introdotta più recentemente per ripetere le cose date a precario *l. 2, § 2, eod. tit.* Qual' è l' oggetto di cotesta azione? Siccome il precarista, che rifiuta al padrone la restituzione, gli fa danno di tutto il valore della cosa e non del solo possesso, mentre ad esso padrone tutta la cosa e non il solo possesso apparteneva; quindi tutto il valore della cosa è perseguitato. Il Windscheid *d. § 161, n. 4* è tratto in inganno dall' « incerti » della *d. l.*; quasi che dunque il dritto dell' attore non abbia per oggetto una *res* ma una *possessio*, ma questa sola fosse condotta in giudizio. Che la *cond. poss.* sia *incerti*, è vero e lo abbiamo già detto. Ma onde una *condictio*, o, come altri vogliono, un' *actio* [3] si chiami *incerti* non è necessario che sia incerto l' oggetto, il quale è nel dritto dell' attore indotto nel giudizio, e che tutta la formola sia d' incerto concepita. È *incerti* anche quando sia nel dritto dell' attore una cosa pur certa: però per la natura del negozio, onde l' azione deriva, nella formola si parli della cosa stessa nella *demonstratio* soltanto o nella *praescriptio*, mentre la *intentio* rivolger si debba all' incerto « Quicquid ob eam rem dare facere oportet. » Onde è che l' azione *praescriptis verbis* è sempre *incerti: l. 7, § 2, de pact., l. 23, de comm. divid., l. 8, l. 9, de praescr. verb., l. 6, C. de rer.*

---

[2] Poteva in qualche caso meramente eccezionale verificarsi in dritto romano che il valor del possesso superasse il valore della cosa, *d. l. 6, de vi.* — Del resto, mentre che la definizione teoretica è chiara, ben difficile è in pratica fare stima del possesso. Ved. JHERING *Beiträge pag. 81, n. 101.* BRINZ *Pandekt. II, 653 seg.*, F. MOMMSEN *Beitr. zum Oblig. Recht. II, 247 segg.*, MACHELARD *pag. 200,* BRUNS *Besitzkl. 190 segg.*, RANDA *pag. 46 n. 2*. Dai testi di dritto romano non si può avere soddisfacente soluzione di questo pratico problema. Ne' singoli casi il giudice ha da usare molto discernimento e prudenza nel calcolo del vero concreto individuale interesse.

[3] SAVIGNY *Syst. V, p. 98, 504, 594,* e WALTER *Storia del dr. di Roma § 559, n. 43,* correggono nella *d. l. 19. § 2* il « condictione » per leggervi « actione. » MACHELARD *pag. 282 seg.* vorrebbe piuttosto cancellate dal testo le parole « praescriptis verbis. »

permut., *l. 9*, *l. 22*, *C. de donat.*[4] Avrà dunque nel caso la *praescr. verbis* l'*intentio* « Quicquid ob eam rem dare facere oportet », come tutte le azioni *praescr. verbis*. Ma in questa latitudine d'*intentio* non è contenuto il solo valore del possesso ma v'è compreso quello della cosa intera; mentre della intera cosa fu fatto dal reo convenuto ingiusto danno all'attore. Infine l'azione che si dà dal precario è così poco *solius possessionis* quanto l'*actio commodati* a cui è paragonata da Paolo *V*, *6*, *10*. — Quanto alla *l. 13*, *§ 1*, *depos.* Paolo dice, che, se un depositario ricusi *dolo malo* la restituzione, è tenuto colla *condictio*. Ma egli parla di *condictio rei* e non *possessionis*. Infatti che la *condictio* competente nel caso di tal rifiuto possa dirigersi alla *res*, è chiaro da ciò, che quel depositario fa danno ingiusto di tutto il valore della cosa, e non del solo possesso: tanto vero, che se all'*inficiatio* si aggiunga la *contrectatio* è furto *rei* e non *possessionis*.[5] Così ancora se il creditore soddisfatto ricusi dolosamente la restituzione del pegno, può il debitore *condicere*, *l. 4*, *§ 1*, *de R. C.*; è una *condictio sine causa* o *ob injustam causam* ad esempio ed estensione della *cond. furtiva*, ed è *condictio rei*. [6] — Avverto come anch'io creda che in questi casi competa pur anco una *condictio possessionis*, come esporrò in seguito § 377; ma secondo me non han che fare i testi allegati dagli scrittori de' quali parliamo.

§ 371.

Oltre la ipotesi suesposta il Windscheid richiama alla nostra teoria le speci di altri frammenti, che pure mi sembrano estranee, appartenendo o alla *cond. furt.*, o alla *cond.*

---

[4] Rimarchevoli sono le parole dello scoliaste *Basil. XI*, *1*, *7*, *Heimbach I*, *pag. 559 seg.* « *διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστιν, τὴν πραεσκρὶπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τό πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντεντίονα ἰγκερταν, καὶ καταλύει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι, τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα.* »

[5] Wächter *Art. Diebst. in Weisck. Rechtslex. 1844*, *p. 362.*, Vangerow *n. 1. § 679*, *n. 1.* e lo stesso Windscheid *§ 452*, *no. 10.*

[6] Lo confessa anche Windscheid quanto alla *d. l. 4*, *§ 1*; *§ 161*, *no. 4*.

sine causa, rei ipsius. Uno è la *l. 4, § 2, de R. C.*[1] Ulpiano fa la specie d' una mia cosa, p. e. d' una barca trasportata dal fiume nel tuo, e di te che dolosamente ricusi la restituzione.[2] Se tu fai contrettazione, è furto, e compete la *cond. furt. l. 43, § 4, de furt.;* se non la fai, si dà una *cond. sine causa* o *ob injust. caus. d. l. 4, § 2.* Sempre *rei:* perchè di tutta la cosa m' è fatto danno e non del solo possesso. Onde s' intende la unione di trattato di questo frammento con quello che immediatamente precede, *d. l. 4, § 1,* suesposto da noi; dove con espresse parole si parla di *cond. rei.* Ed il titolo stesso « De reb. cred., si *certum* petetur, et de condictione » avverte che i frammenti ivi contenuti non spettano a *cond. incerti.*[3] — Altra specie allegata da Windscheid è quella della *l. 31, § 1, in fi. depos.* Trifonino fa il caso d' un ladro della cosa mia, il quale presso me, che ignoravo esser egli ladro e la cosa esser mia, depose la cosa medesima: io a sua richiesta credendomi in dovere di depositario, feci restituzione. Deposito era stato negato dal giureconsulto, perchè non è secondo la b. f. che al ladro sia la cosa resa dal padrone. Ora insegna, che a me compete contro colui una *condictio.* Ma credo che Trifonino parli della *cond. furt.* della cosa stessa. Infatti il furto avvenne; nè il vizio furtivo cessò d' essere allorquando il ladro diè la cosa al padrone ignorante, come deposito. Perchè quantunque sia vero che quel vizio si purga col tornar la cosa al padrone; è vero soltanto quando torni pienamente e perfettamente in poter suo, onde la cosa cominci a stare presso di lui come vi era prima del furto *l. 4, § 9, de usurp. et usuc.:* ma così non è certamente allorchè il padrone ripiglia senza sapere che la cosa è propria, e non come resa da ladro ma per altro supposto titolo, *l. 86, de furt.* (§ 580). Anzi quando colui che depose nella specie di Trifonino riprese dal padrone la cosa deposta; questo stesso sarebbe bastato a

---

[1] Anche BRUNS *Besitzkl. p. 186* dà a questo frammento un posto fra i casi di *cond. possess.*

[2] GLOSSA *ad h. leg.*, ed anche più esattamente CUJACIO *VII. 640 E.*

[3] In qualche edizione trovasi espresso pure « ... et de condictione certi. »

costituirlo ladro (§ 380). Dunque la data *condictio* è la *furtiva* e non già *indebitæ possessionis*. Nè si dica, che si possa almeno cumulare anche la *cond. possess.* Questa non poteva essere usata nel caso della nostra *l. 31, § 1.* Giacchè se è vero, che tal *condictio* può darsi, come vedremo, anche ai padroni delle cose; ciò si fa all' unico utile scopo di rilevarli dallo entrare in controversia sul loro dominio (§ 377), mentre sotto gli altri rapporti è di sua indole meno utile della persecuzione della cosa (§ 370). Ora ciò non poteva dirsi in quel caso, dove per poter *condicere* era assolutamente necessario il provare il proprio dominio sulla cosa deposta; punto di partenza del dritto a ripetere nel caso medesimo. Nulla osta certamente, se Trifonino si vale delle parole « indebiti soluti condictio competet, » mentre egli non fa che descrivere l'oggetto della *condictio*, qual' era appunto la cosa « ab ignorante domino tradita... quasi ex causa depositi, » e non già la natura ed il nome di quella. Così p. e. nella *l. 22, pr. rat. rem hab.* laddove si dice « actio ei qui indebitum solvit... ex stipulatu competat, » si parla della *cond. ex stipulatu* richiamando l' *indebitum solutum* come oggetto di essa.

§ 372.

Degli esempi, aggiunti dopo il primo lavoro di Bruns, un solo a mio parere si può accettare; ed è quello allegato da Arndts *§ 171, no. 4*, della *l. 74, de furt.* Quantunque si astiene Arndts dal dire, che l' *actio furti*, di cui si tratta in quel testo, sia difesa del possesso; ed afferma soltanto che essa ha per oggetto il possesso. In verità il concetto della difesa del possesso, che pur si trova in detta *l. 74,* è sempre più indiretto e lontano: mentre l' *actio furti* non è *rei* nè *possessionis persequutoria*, ma *pœnae.* Ed anche lo essere il possesso oggetto dell' azione in quel testo, va preso in certo senso. Non vi è il possesso oggetto dell' *actio furti* per se preso, non si domanda la restituzione d' un possesso; ma l' oggetto è sempre la pena, il valore del possesso v'entra solo come misura di essa pena, come base su cui si calcola il duplo. Così intesa, richiamerei la *d. l. 74, de furt.* al nostro trattato.

§ 373.

Tentiamo or noi dal canto nostro di coordinare, meglio che ci sia possibile, ad esatte idee generali i diversi esempi di rimedi che tutelano indirettamente il possesso, aggiungendone altri a quelli che ricevemmo dai precedenti scrittori. Non parlo delle azioni *ex contractu* dirette ad acquistar possesso dovuto in forza di contrattazione *l. 75, § 7, de V. O.* Non spettano affatto alla tesi delle difese del possesso come neppure vi appartengono gl' interdetti *acquirendæ possessionis* (§ 57). Ci dobbiamo occupare de' mezzi giuridici, accordati a ricuperare il possesso perduto oltre gl' interd. *recuperandæ* — Il possesso pe' vantaggi che di sua natura arreca, e per gli altri aggiunti dal diritto nostro, ha un valore patrimoniale, del quale, come sia distinto dal valore della *res ipsa*, dicemmo § 370. Come questo valore del possesso è l'esclusivo oggetto degli interdetti regolatori del possesso medesimo; così può esserlo accidentalmente di altre difese. Facile lo spiegare i testi dove il possesso figura come obietto dell' *actio furti*, e di una *in integrum restitutio*. L' *actio furti* è data in pena di qualunque contrettazione frodolenta di cosa mobile, fatta con animo di lucrare, a colui che offeso fosse dalla medesima. Quindi nel caso della *l. 74, de furt.* (richiamata, come vedemmo, da Arndts), ove la contrettazione aveva offeso il padrone della *res* e il possessore di b. f. nella *possessio*; l'*actio furti* è data non solo a quello al doppio del valore della cosa, ma anche a questo al doppio del valore del possesso. Solo ripeto quel che avvertivo nel paragrafo precedente, che il possesso vi è difeso molto più indirettamente che non cogli altri rimedi che noi riceviamo nel presente trattato; e che il possesso istesso non è oggetto per se dell'*actio furti*, ma soltanto vi è adoperato come misura della pena che n' è oggetto vero. Aggiungerei qui tutti i casi, ne' quali si dice furto di solo *usus* o di sola *possessio* (§ 41, no. 3), e l' *actio furti* si dà soltanto al quadruplo o al doppio dell' interesse dell'uso, del possesso. — Quanto alle *in integr. restitut.* il pretore aveva detto, che

ogni cosa fatta per timore sarebbe stata da lui resa irrita « Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo » *l. 1, quod. met. ca.* Nel caso che ci sia stata tolta *per metum* una cosa di cui non avevamo dominio ma solo possesso, era conseguenza delle premesse cose il darci l'azione *quod metus causa*, *l. 9, pr. vers. Sed et, l. 21, § 2, quod met. ca.* [1] Parimenti il pretore avea nell' editto promesso che avrebbe soccorso colla restituzione in intero chi avesse sofferto patrimonial detrimento mentre « in hostium potestate esset » *l. 1. § 1, l. 14, ex quib. ca. major.* Quindi essendo stato da esso pretore riconosciuto un valore nel possesso; natural conseguenza era, che anche nel caso che altri per cattività perdette possesso d' una cosa, o quasi possesso d' un usufrutto, la restituzione fosse accordata, *l. 23, § 2, eod. tit.* Vale a dire il pretore gli restituisce l' *uti possidetis* [2] coll' ordinario metodo delle restituzioni per capo di assenza. [3]

§ 374.

Più difficile è lo spiegare i testi ne' quali il possesso si ritrova formar oggetto delle *condictiones*. La romana legislazione fu sempre inclinata a dare *condictiones* contro coloro che ingiustamente ritenessero cosa altrui. L'esempio più conosciuto e più luminoso è nella introdotta *condictio furtiva*. Era massima, che le *condictiones* di una cosa certa non si dessero al padrone contro un non padrone. Non che fosse in genere assurdo il dare azioni personali al padrone contro il non padrone per la restituzione della cosa; ma per ragioni positive del sistema romano di procedura, per cui alla formola della *condictio* di cosa certa fu apposta l'*intentio* « si paret eum dare oportere, » e il « dare » vi fu adoperato in senso tecnico. Ora posto il senso tecnico di questa parola (cioè che « ita detur

---

[1] Che tale *actio* sia una *in integr. rest. ex capite metus*, cf. il mio lib. *De oblig. p. 102, seg.*

[2] Così bene Bruns *Das Recht des Besitzes pag. 36, seg.*

[3] D. lib. *De obligat. p. 96.*

ut nostrum fiat »), era impossibile o ammettere chi già fosse padrone non potendo ciò che è nostro, divenir nostro, o dirigere contro chi non fosse padrone non potendo alcuno dare quel che non ha. Or bene questa massima fu eccezionalmente turbata per dare una *cond. furtiva* contro chi tenesse una certa cosa nostra per furto; prendendo largamente quella parola « dare » per « restituere. »[1] Che la ragione della massima, ed il carattere eccezionale della *cond. furt.*, fossero nell' *intentio « dare oportere »* risulta chiaramente da Gajo *IV*, *4*; nonchè da Giustiniano *§ 14. I. de actionib*, il quale, benchè in tempi nei quali era da secoli scomparso il sistema formulario, nello esporre e la massima e l' eccezione si riporta per esso a quella *intentio*. Pertanto la *cond. furt.* fu la prima *condictio* di cosa certa che si desse a un padrone contro un non padrone Anzi unicamente al padrone e non ad altri, perchè introdotta esclusivamente per benefizio di quello, *l. 1*, *de cond. furt.* I vantaggi sono, che, facendo il ladro mora perpetua, segua ad essere colla *cond furt.* tenuto anche se « sine dolo desiit possidere » al che non arriva la R. V. *l. 16*, *de cond. furt.*, *§ 19. I. de oblig. quae ex del.*[2] — Fin qui abbiamo trovato i romani che introducono una nuova *condictio* da darsi ai soli padroni contro una specie d' ingiusti possessori della cosa loro, contro i ladri, una *condictio* di cosa certa e non *possessionis*, la *condictio furtiva*.

§ 375.

Ma ben più ottennero i romani slargando i confini di *condictiones* già introdotte per il desiato scopo di eliminare lucri con jattura altrui. Esse o erano di cosa certa, o d'un incerto.[1] La romana giurisprudenza si adoperò quanto potè ad estendere ambedue le categorie oltre i loro primitivi confini. La

[1] D. lib. *De oblig. p. 22, no. e.*

[2] D. lib. *De oblig. loc. cit.*

[1] Quanto a queste, *incerti*, vedi p. e. *l. 22, § 1. de cond. indeb.*, *l. 5. de cond. sine ca.*

opera, vedremo, si deve massimamente a Celso; quantunque non in tutte le maniere d'estensioni egli fosse sempre il primo, ed in una troveremo averlo preceduto Sabino. — Fu primieramente fatta estensione di *condictiones* dirette a cosa certa. Ciò fu eseguito in due casi, ne' quali mancava vero furto sicchè non poteva darsi la riconosciuta *cond. furt.*, ma il furto era vicinissimo, e v'era un quasi furto.[1] Primo: Sabino, di cui fu ricevuta la sentenza, ammise una *condictio sine causa* o *ob injustam causam* da darsi al padrone d'un immobile statogli tolto a forza. Caso vicinissimo al furto da cui secondo Sabino non lo separava che la natura dell'oggetto (§ 332). Sentì Sabino, che colla sua esclusione degl'immobili dal furto si formava un vuoto nella giurisprudenza per la mancanza assoluta riguardo ad essi della *cond. furt.* e de' suoi vantaggi. Ripiegò a quel modo, dando la *cond. sine causa* o *ob injustam caus.* ad esempio della *cond. furt. l. 2, vers. Sed et ei, de cond. triticiaria.* In questo avviso venne ancor Celso, *ib.:* poichè, quantunque come proculiano riconoscesse possibilità di furto negl' immobili, pure come tale non lo ammetteva in alcuna cosa se occupata non *clam* ma per violenza (d. § 332); mancava nel caso anche secondo Celso la *cond. furt.*, e perciò anch'esso accettò volentieri il ripiego di Sabino. — Secondo: la giurisprudenza posteriore, sviluppando ancor più questa *cond. sine causa* o *ob injustam causam* di cosa certa ad esempio della *cond. furt.*, la dette anche pei casi in cui alcuno con animo di far lucro ritenesse un mobile altrui, ma per mancanza di contrettazione non commettesse vero furto. Tre esempi abbiamo nelle pandette. Pel caso del depositario che con dolo neghi la restituzione *l. 13*, *§ 1*, *depos.* Paolo; pel caso del creditore che non voglia rendere il pegno dopo esser stato pagato *l. 4*, *§ 1*, *de R. C.* Ulp.; pel caso che un mobile trasportato fosse dal fiume nel tuo e tu non voglia renderlo *d. l. 4*, *§ 2* Ulp. Credo, che ciò fosse piaciuto a Celso. Poichè

[1] Anche Cujacio *VII, 639* riconosce che la *cond. furt.* ebbe uno sviluppo oltre i suoi primitivi confini, ed in questa occasione nota « Paullatim crescunt sententiae juris. »

nella *l. 67 pr. de furt.* dopo avere enunciato quel che era da tutti ricevuto, che cioè « Inficiando depositum, nemo facit furtum » (d. § 332), soggiunge « licet prope furtum est. » Non dev' essere questa un'infruttifera e puerile osservazione. E chi consideri, che Celso fu dedito alle estensioni delle *condictiones* già introdotte contro chi *locupletaretur cum aliena jactura*, facilmente si convincerà che v' è significata la estensione ora esposta, operata da esso sulla *cond. sine causa* o *ob injust. caus.* di cosa certa ad esempio e sul modello della *cond. furt.* — I due casi di estensione delle *condictiones sine causa* o *ob injust. caus.* fin qui esaminati, sono di cosa certa e non ancora *possessionis*. Introdotti contro un quasi ladro, ad esempio e sulle norme della *cond. furt.*, importano nella *intentio* il « *dare* oportere » nella stessa impropria e men solita accezione che aveva nell'*intentio* della medesima *cond. furt.*

§ 376.

Più ubertosa, più acconcia alla concezione delle formole, fu l' opera della giurisprudenza sul campo dell' altra categoria delle *condictiones sine causa*, *indebiti* ecc., dirette ad incerto. Poichè riconosciuta, come notammo, l' esistenza d' un valore del possesso, estimabile giudizialmente, la giurisprudenza lo fece obietto delle *condictiones sine causa, indebiti* ecc. *incerti*; cioè ammise le *condictiones sine causa* ecc. dirette a quanto interessasse all' attore il possedere. Ciò stabilito, si ottenne che le *condictiones* stesse avessero nuove applicazioni tanto contro il ladro o quasi ladro, quanto contro altre persone che ingiustamente tenessero; tanto a favore del padrone, quanto a favore di chi non fosse padrone del tenuto ingiustamente da altri; e talvolta anche per colui che neppure avesse mai avuto il possesso, perduto veramente da un terzo, in vista d' una ratiabizione posteriore a tal perdita con cui egli l' abbia fatta propria, come meglio chiariremo in seguito. Infatti ecco Celso comincia nella *l. 2. vers. Sed ita, de cond. tritic.*, e dà al non padrone, cui fu un immobile tolto a forza, la *cond. sine causa* o *ob injust. caus.*;

come l' aveva data nel vers. anteced. al padrone. Colla sola differenza che a quel non padrone non si dà la *condictio* a certa cosa, ma a possesso di cui soltanto egli soffre danno; ossia *incerti* « Sed ita, si dominus sit, qui vi dejectus condicat; ceterum, si non sit, possessionem eum condicere, Celsus ait. » Così una *condictio sine causa, incerti* fu data al non padrone in casi di furto o quasi furto. In testi di giureconsulti posteriori troviamo data al non padrone in altri casi una *cond. indebiti, incerti.* La dà Paolo *l. 15, § 1, de cond. indeb.* se venissero dati danari altrui da chi si credesse falsamente debitore. Anche qui non è la *condictio indebiti* di una cosa, perchè l' attore, come non padrone, non di questa ha sofferto danno, ma del solo possesso: è *condictio indebiti, incerti.*

§ 377.

Per converso furono quelle *condictiones* date a chi fosse il padrone del tenuto ingiustamente da altri. E ciò con molto maggior conformità alle formole di quello che nell'accordare al padrone la *cond. furt.*, o *sine causa* ossia *ob injust. caus.* ad esempio di questa (§ 374, 375). Poichè queste erano di cosa certa, e l'*intentio* veniva concepita « dare oportere, » onde per darle talvolta al padrone convenne fare una specie di forza al *dare* prendendolo impropriamente per *restituere.* Ma le *condictiones incerti*, delle quali ora parliamo, aveano nella *intentio* « dare facere; [1] » ora il *facere*, propriamente preso, comprende anche il *restituere l. 175, de R. I.:* quindi ottimamente convenivano al padrone. Infatti il dargliele era logico ed utile. Logico, perchè realmente danno gli era stato fatto anche di possesso, nè doveva essere forzato ad affacciare in giudizio i più estesi diritti del dominio. [2] Utile, perchè il padrone sfuggiva ad ogni controversia che il reo convenuto volesse susci-

---

[1] *Gaj. II, 204, IV, 33, 41, 86, 136;* il mio lib. *De obligat. pag. 23, n. e.*

[2] Per simili ragioni troviamo la publiciana data ai padroni, *l. 67, pr. de eviction.* Cf. il mio lib. *Del dritto d'accresc. p. 164, n. 187.*

tare sul suo dominio, mentre solo di possesso moveva lite. Ecco nella *l. 25, § 1, de furt.* Ulp. dà una *condictio sine causa possessionis* al padrone. Torna il caso dell'immobile tolto con violenza al padrone o del furto del mobile. La questione fu proposta così: Se un immobile venne tolto a forza al padrone, è o no luogo ad una *condictio?* Labeone non conosceva nè le applicazioni delle *condictiones* al possesso, che furon fatte principalmente da Celso, nè quella *condictio sine causa* di cosa certa, che l'avversario caposcuola Sabino era stato costretto a ritrovare per ripiego alla negazione assoluta da lui fatta della *cond. furt.* in cose immobili (§ 375). Secondo Labeone, in genere la *cond. furt.* trovava luogo negl'immobili, e perciò non si apriva per esso la via di tali ripieghi. Quindi Labeone nel rispondere a quella quistione si riportò solo alla *cond. furt.* E siccome esso non riconosceva alcuna azione per furto nella ipotesi della violenza, nè su'mobili nè su'immobili (§ 332), perciò alla quistione rispose con una negativa assoluta « Unde quaeritur, si quis de fundo vi dejectus sit, an condici ei possit, qui dejecit? Labeo negat. » Celso, della scuola di Labeone, negava pur esso la *cond. furt.* per la stessa ragione: ma esso, operosissimo in questa materia, non si limitò rispondendo a riguardare la sola *cond. furt.* Profittando del ripiego inventato da Sabino, e servendosene benchè sotto un diverso punto di vista quale conveniva alla sua scuola, aveva già accettato la *condictio sine causa* di cosa certa nel caso del fondo tolto colla forza al padrone; appunto perchè se non per la ragione assoluta di Sabino, pure per una ragione ipotetica anche secondo lui la *cond. furt.* non competeva (§ 375). Esso stesso, primo estensore delle *condictiones* antiche al possesso, aveva dato una *condictio sine causa, possessionis* nel caso dell'immobile tolto violentemente al non padrone (§ 376). Ora non vedo ragione di negare questa stessa *cond. sine causa, possessionis* al padrone. Mentre se il danno recato a questo arriva al valore della cosa intera, non per questo si può negare che il danno fu pur del possesso; non v'è ragione d'impedirgli di contentarsi della persecuzione di questo. Pertanto Celso ragiona in opposizione al suo Labeone così: Se dovessimo nel rispon-

dere alla questione fermarci alla *cond. furt.*, si darebbe da me con Labeone negativa la risposta perchè siamo in caso di violenza: ma accanto alla *cond. furt.* c'è una *cond. sine causa*, la quale come può essere della cosa stessa, così può anch'essere *possessionis.* Pure nel caso d'una cosa mobile sottratta, ove tutti, e sabiniani e proculiani, combiniamo nel dare la *cond. furt.*, credo che si debba ancor dare una *cond. possessionis.* Pertanto dal mancar nel caso la *cond. furt.* non si deve conchiudere la mancanza di qualunque *condictio.* Anche nel caso non v'è ragione per negare la *cond. sine causa*, *possessionis.* « Sed Celsus putat, posse condici possessionem: quemadmodum potest, re mobili subrepta. » Adunque dalla *l. 25, § 1, de furt.* impariamo, che la *cond. sine causa, possessionis* si dà al proprietario quando gli fu rubato un mobile o tolto a forza un immobile, accumulata a delle *condictiones* di cosa certa (*cond. furt.*, ovvero *cond. sine causa* ad esempio della *furtiva*), che parimenti gli competono. E tengo per fermo, che in tutti i casi, ne' quali con frodolento animo di lucrare non si vuol restituire la cosa al suo padrone, e ne' quali vedemmo (§ 370) darsi ne' testi al padrone una *cond. sine causa* diretta alla cosa, si dia pur anco al medesimo una *cond. sine causa possessionis.* Ripeto volentieri, che ragionevolmente Windscheid ed altri ammettono quest'uso della *cond. possess.*: solo che invocarono testi a mio parere inidonei.

§ 378.

Ed al padrone troviamo ne' frammenti nostri data ancora na *cond. indeb.*, *possessionis.* Paolo nella *l. 15, § 1, de cond. ind.* on solo dà la *cond. indeb.*, *possessionis* nel caso suesposto (§ 376) non padrone che dette danari altrui credendosi erroneamente ›bitore, ma anche « si falso existimans possessionem me tibi ›bere alicujus rei, tradidissem, condicere. » Senza distinguere questo caso se il tradente era o no il padrone della cosa, apica Paolo la *cond.indeb.*, *possessionis* a chiunque, se, credendo r errore di dovere un possesso, lo dia. Per esempio questa *ıdictio* avrà luogo, quando io credendo falsamente, che tu ab-

bia depositato presso di me o, per più probabile errore, presso il mio autore una cosa, che invece era in patrimonio per dominio o altra causa, ti dia la cosa stessa come per restituzione.[1] La tradizione è fatta solo pel possesso naturale che io intendo darti, non già pel dominio di cui non penso. Onde se ero padrone prima, tale rimango non ostante questa tradizione, nè posso esercitare la *cond. indeb.* di cosa certa, perchè quest'azione suppone passato il dominio dall'attore fin dal pagamento, com'è chiaro e dovremo ripetere fra poco. Secondo Paolo io ho la *cond. indeb.*, *possessionis*;[2] contentandomi così se ero il padrone, di perseguitare il solo valore del possesso, quantunque tu in tale ipotesi del mio dominio sii tenuto verso di me anche colla *cond. furt.* se sei in m. f., arg. *l. 31, § 1, fr. depos.* (§ 371).

§ 379.

Alla generale enunciazione di Paolo in *d. l. 15, § 1, de cond. ind.* credo doversi anche riportare un testo di Paolo stesso nella *l. 36, vers. Plane, famil. ercisc.*, che perciò offrirebbe a mio avviso un caso di *cond. indeb.*, *possessionis*. È il caso d'un vero erede, il quale, credendo per errore un altro suo coerede mentre non lo era, venne con esso a divisione stragiudiziale, ed in forza di tal divisione gli consegnò alcune cose ereditarie. Paolo gli dà la *cond. indeb.* Ma la *cond. indeb.* di cosa certa suppone passato per l'atto del pagamento il dominio da colui, che pagò ed ora è attore, in colui, che prese ed ora è reo convenuto. Ora quando nell'atto del dividere si danno alcune cose ereditarie ad un altro, come a coerede; l'atto non ha natura di trasferire il dominio su quelle cose intere; ma

---

[1] Caso evidentemente diverso da quello della *l. 31, § 1, depos.*, ove esiste il fatto del deposito, che si sostiene esser nullo a causa del dominio nel depositario: nel qual caso non v'era utilità alcuna per dare la *cond. possess.* (§ 371).

[2] Vedremo § 605, che anche interdetti si danno aventi per obietto un possesso meramente naturale.

solo per la metà,[1] mentre per l'altra si suppone che già siano dell'accipiente appunto come coerede. Manca pur l'intenzione in chi consegna di trasferire tal metà del dominio. Dunque per questa stessa metà non è caso di detta *condictio indeb.*[2] — Se non che Paolo dice « condictionem earum rerum, » dà la *cond. indeb.* per tutte le cose, nè esprime se tal *condictio* sarà per le cose stesse come cose certe ed in tutto il loro valore, o pel possesso loro.[3] La *condictio indeb.* si eserciterà per le cose stesse certe quanto alla metà che si supponeva sola propria del tradente; sarà per la *possessio* quanto alla metà che si credeva propria dell'accipiente e di cui non fu in esso trasferito il dominio.

---

[1] In gran parte è esatto quel che dice HUSCHKE *Zeitschr. für gesch. R. W. XIV, p. 194, n. 50,* per dimostrare, che non osta la *l. 29, de usurp. et usucap.* dove Pomponio, fatta una simile specie, discute se competa l'*usucapio pro herede* all'erede putativo, e lo nega solo per ragioni del tutto speciali di essa *usuc. pro herede* (cf. § 297). Sembrerebbe in contradizione con quel che abbiamo detto nel testo: perchè quanto alla metà, che si supponeva non appartenere già all'accipiente come coerede, il dominio è trasferito colla dazione stessa; la usucapione non si concepisce. Huschke osserva giustamente, che nella *l. 29*, la tradizione « pro parte, » di cui parla Pomp., non fu che l'ammissione del creduto coerede al compossesso *pro partibus indivisis,* quindi non idonea a trasferire affatto il dominio, lo che è del tutto fuori dell'intenzione di chi faceva tal specie di tradizione, fuori dell'*id quod actum est.* — Huschke non scioglie la difficoltà che nasce dall'espressione « earum rerum » della *l. 36, fam. ercisc.* perchè non pensò alla *cond. possessionis.*

[2] Come dissi, torneremo fra poco su queste idee, § 380.

[3] Non osta alla seconda intelligenza la parola « rerum » di Paolo, mentre può adoperarsi anche pel possesso; come quando il pretore dice « hereditatem dabo » nell'editto tralatizio sulle *bonorum possessiones* riportato da CICERONE (§ 614). È perciò che quando negai ciò che altri ha difeso, che cioè le *l. 4, § 2, de R. C., l. 2, vers. et ei, de cond. tritic., l. 13, § 1, depos.* appartengano alla *condictio possess.,* non mi sono servito per argomento, che, in *dd. ll.* si dica « condici possunt *ea* quae etc.... condici *fundum...* competit condictio *rei* nomine. » Perchè sono convinto, che tali espressioni si possano in modo men stretto usare anche sul possesso della cosa, del fondo.

§ 380.

Si presenta ormai alla nostra considerazione un gruppo di testi, i quali contro ingiusto possessore danno anche, a mio credere, una *cond. indeb., possessionis*, ora al padrone, ora a tale che non solo non sia padrone, ma non aveva in precedenza avuto veramente neppure il possesso; e questa cumulata ad una *cond. furt.*, data o all'istessa persona o ad altra persona. Sono la *l. 18, de cond. furt.* Scevola, la *l. 80, § 5*, e *§ 7, de furt.* Papiniano. Spieghiamo colla giusta larghezza. Questi passi non sono stati, per quanto è a mia notizia, riportati ancora alla nostra indagine, perchè Scevola e Papiniano nel parlare di *cond. indeb.* non esprimono che sia *incerti*, o *possessionis*. Cercherò di provare che unicamente di questa possono essere intesi, e non di *cond. indeb.* di cosa certa. — È ben da fissare che, quando si dà ad alcuno la *cond. furtiva*, non gli si può dare insieme nè la *cond. indebiti* nè altra *condictio*, se diretta a cosa certa. Come neppure tali *condictiones* possono darsi contro tale, contro cui si dà la *cond. furtiva*. So, che alcuni e gravi scrittori danno la *cond. indeb.* senza limitazione insieme alla *cond. furt.* contro colui, cui fu pagato un indebito mentre sapeva essere indebito. P. e. Voet *ad tit. de furt. num. 6*, e Windscheid *§ 4??*, che si appoggiano sulle parole della nostra *l. 18, de cond. furt.* ove Scevola dice « furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. » Ma credo, che, così enunciata, non sia sostenibile opinione. Imperocchè la *cond. furt.* si dà al solo padrone *l. 1, de cond. furt.* Ora tutte le altre *condictiones rei certae* non solo hanno nella formola l'*intentio* « dare, » ma il « dare » vi è propriamente preso per trasferire il dominio; onde non è possibile che si diano a padrone contro non padrone. Se chi paga l'indebito non perdesse il dominio, se il dominio non passasse nell'accipiente, non avrebbe mai avuto luogo una *cond. indeb.* di cosa certa, ma la R. V. Ha luogo quella, perchè nel pagare il dominio passa da quello in questo. Dunque è evidente che non può concorrere la *cond. furt.* Anzi appunto perchè chi paga indebitamente trasferisce il dominio, non si può

concepire *furtum* in chi riceve benchè in mala fede; perchè furto *rei propriae*, in quanto tale, non si concepisce. Altra potente ragione per non credere data dal dritto nostro la *cond. furtiva*. Allora soltanto è luogo al furto e alla *cond. furt.* contro chi prende l'indebito sapendolo, quando il pagamento non trasferì il dominio in esso per motivi speciali i quali resero a ciò inetta la tradizione dell'oggetto pagato. Così se in chi pagò vi fu errore sull'individuo stesso cui si pagava, cioè pagò ad uno scambiandolo per un altro, pagò a Gajo credendolo Tizio altra persona vera o creduta creditrice; che è errore in *corpore hominis*, [1] *l. 43, pr. de furtis* « qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit. » Consuona la *l. 80, § 6, vers. Quod aeque, eod. tit.* Come furto e *cond. furt.* han luogo ogni volta che anche in altre occasioni all' in fuori di pagamento io dia per inganno di alcuno una cosa mia ad una persona credendola un'altra, onde risulta tradizione inetta a trasferire il dominio, *l. 52, § 21, l. 66, § 4, eod. tit.* È ancora furto e si dà *cond. furt.*, se l'atto del pagamento non trasferì il dominio per errore nel corpo della cosa; come ogni volta che una tradizione, frodolentemente ricevuta, è viziata da tale errore, *l. 21, § 1, l. 52, § 22, eod.* Finalmente si può concepir furto se l'atto del pagamento è per se inetto a trasferire il dominio per causa della intenzione stessa con cui fu fatto; come se io ti feci consegna di cosa mia credendola tua *l. 44, § 1, de furt.*, p. e. la consegnai a te ignorando il mio dominio, e credendo, che fosse presso di me per contratto di deposito fra te e me; lo che non era vero affatto, o solo in apparenza secondo la *l. 31, § 1, fi. depos.* Come pure furto può intendersi se la tradizione fu inetta a trasferir dominio per disposizione di legge, *l. 38, § 1, fi. de furt.* Ma in tutti questi casi, appunto perchè non è passato il dominio, non compete la *cond. indeb.* di cosa certa per il raziocinio su esposto.

---

[1] Espressione testuale, *l. 9, pr. de hered. instit.*

§ 381.

Ora veniamo alla *l. 18, de cond. furt.* Scevola fa la specie d'un *negotiorum gestor* di me supposto debitore, che pagò danari propri al falso creditore conscio dell'indebito. Succedette la mia ratiabizione. Quali azioni ed a chi si danno contro quel falso creditore? A me non si darà affatto la *cond. furt.*, perchè a me non fu mai fatto furto, mai avendo avuto nè possesso nè dominio dei danari, ed in materia di furto chi non ha mai avuto veramente o il dominio o il possesso non può dire di averlo sofferto, *l. 17, § 5, de praescr. verb.*, *l. 80, § 7, de furt.* La *condictio furtiva* è data da Scevola al *negotiorum gestor*, cui avea fatto furto colui che sciente prese l'indebito. A me poi dà la *cond. indebiti*, avendo colla ratiabizione fatto mio l'affare dell'indebito pagamento. Ma come mai contro l'istessa persona si danno queste due *condictiones*, quando la prima suppone che il reo convenuto non sia padrone, la seconda lo suppone tale? Credo che nella specie il pagamento fatto fosse in tali circostanze da non trasferir dominio; p. e. il ricevente simulò un'altra persona, come nella specie di *d. l. 43, pr. de furt.* Così potè darsi al *negotiorum gestor* la *cond. furt.* E la *cond. indeb.* a me data da Scevola non era alla cosa certa, che per l'*intentio* « dare » non compete contro il padrone; ma è *cond. indeb. possessionis* coll'*intentio* « dare facere, » diretta a togliere l'ingiusto possesso in cui il ricevente fu posto da quell'indebito pagamento, che per la ratiabizione si ha in materia di *condictiones indeb.* come se fosse da me partito.

§ 382.

Passiamo alla *l. 80, § 5, 7, de furt.*, ove pure si trova data la *cond. furt.* insieme a *cond. indeb.* Speci di detti due paragrafi della *l. 80* sono del falso procuratore. Nel *§ 5* è il caso di me che per errore mi credevo debitore di Tizio. Viene un falso procuratore di Tizio; e gli pago. Tizio *ratum habet.* Quali azioni si danno, e contro chi? Tizio ha la *negotiorum gestorum*

contro il falso procuratore. Io, che senza la ratiabizione di Tizio avrei avuto la *cond. indeb.* contro il falso procuratore, ora ho *cond. indeb.* contro Tizio che ratiavendo fece suo l'affare dell'indebito pagamento, *l. 11, de cond. caus. dat.*, *l. 6, § 9, de negot. gest.*, *l. 22, pr. ff. rat. rem hab.* Io inoltre, al dire di Papiniano, ho la *cond. furtiva* contro il falso procuratore; quale azione, se comincerò ad agire colla *cond. indeb.* contro Tizio, sarò costretto a cedere a questo per via di eccezione.[1] — Nel § 7, è il caso d'un *negotior. gestor* di Tizio debitore di Gajo il quale pagò con suo danaro a Mevio falso procuratore di esso Gajo. Tizio *ratum habuit.* Sendochè Tizio mai ebbe veramente dominio o possesso di quel danaro, non subì furto, non ha le azioni del furto contro Mevio; ma Tizio, che ratiavendo fece suo l'affare, avrà la *cond. indeb.* contro il medesimo falso procuratore. La *cond. furt.* poi, aggiunge Papiniano, competerà al *negotiorum* gestore il quale pagò: solo che *arbitrio iudicis* sarà prestata a Tizio, se questo comincerà ad essere dal medesimo *negotiorum* gestore convenuto per rimborso. — Ma se dominio passò nel falso procuratore, senza di che non sembra potersi dare la *cond. indeb.*, come riconoscere il furto nel falso procuratore stesso, quando furto non è *rei propriae* come tale? come contro di esso dar la *cond. furt.* la quale inoltre suppone padrone l'attore?

§ 383.

Anche qui convien guardarsi dal credere, che ogni volta, che un falso procuratore prende un pagamento, altrettante commetta furto, e sia luogo alla *cond. furt.*; quantunque in casi di falso procuratore che prenda pagamento si riconosca

---

[1] Avverte in fine Papiniano, che se il danaro fosse stato dovuto a Tizio, l'*actio furti* dopo la sua ratiabizione non più competerebbe contro il falso procuratore; perchè comincerei ad essere liberato (*l. 12, § 4, de solution.*), non v'è più alcun mio interesse offeso, senza di che non v'è *actio furti.* Come anche, aggiungiamo, cesserebbe la *condictio furtiva*, che anche in questo caso ebbi prima della ratiabizione contro il falso procuratore (*l. 6, § 1, de cond. indeb.*, *l. 22, § 1, ratam rem hab.*).

il furto non solo ne' nostri paragrafi 5 e 7, *l. 80, de furt.*, ma anche nella *l. 18, fi., l. 38, § 1, de solution., l. 44, pr. de furt. l. 19, C. de furt.* In quel modo in cui va intesa ne' giusti limiti la espressione di Scevola *l. 18, pr. de cond. furt.* che chi sciente riceve indebito è ladro; nell' istesso modo va presa l'espressione che il falso procuratore prendendo il pagamento faccia furto. Due giureconsulti, Nerazio e Papiniano, si occuparono precisamente di stringere ne' giusti confini quest'espressione che era a lor tempi ripetuta, e la riducono appunto ai casi ne' quali il dominio non passò. Ulp. *l. 43, § 1, de furt.* si esprime così « Falsus procurator furtum quidem facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia vera sit. » E poi riporta la distinzione di Nerazio nel modo che sono per dichiarare. Dicemmo in altra occasione (§ 237, n. 1) che al procuratore si può dare o in modo che il dominio passi immediatamente al mandante rappresentato dal procuratore medesimo, o in modo che passi immediatamente in esso procuratore dal quale a suo tempo andrà al mandante. Se la dazione fu fatta nel secondo modo, il falso procuratore non può fare furto, perchè il dominio è in lui trasferito per volontà del padrone, nè furto si commette *rei propriae* « nullo modo eum furtum facere ait, voluntate domini eos (nummos) accipiendo. » Se poi fu fatta nel primo modo, si concepisce il furto. Perchè il dominio rimase nel dante; non potendo passare nella persona, a cui esso dante voleva trasferirlo, stante il difetto del mandato onde mancava ogni volontà della persona medesima anche abituale, e stante ancora la mancanza di volontà nell'accipiente falso procuratore, che pur è necessaria per la direzione delle tradizioni (cf. § 263.) Nè potendo passare nel falso procuratore per difetto di volontà nel tradente. Onde, ritenuto il danaro da esso falso procuratore con animo di far lucro, nulla manca al furto « nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non ejus nomine accepit, cujus eos debitor fieri vult: et invito domino eos contrectando, sine dubio furtum facit. » — Papiniano nel *§ 6*, che nella *l. 80, de furt.* sta fra i due paragrafi dei quali parliamo, proponendosi anch' esso espressamente di limitare il troppo generale ef-

fato che il falso procuratore prendendo un pagamento faccia furto, ci dà un'altra distinzione. Poniamo, che il debitore avesse anche l'animo di far passare direttamente il dominio nel procuratore; ma che nella tradizione cadesse un errore sostanziale *in corpore* della persona, poichè credendo di dare a Tizio vero procuratore dà a Mevio procuratore falso che si spacciò per quel Tizio. In questo caso non passa dominio per vizio dell'atto: quindi si concepisce furto « Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto, debitorem alienum circumvenerit. » Papiniano aggiunge l'esempio già da noi trattato (§ 380) di pagamento fatto ad un falso creditore che fu per suo inganno scambiato pel vero. Dell'esposto caso di furto fatto da falso rappresentante avea già trattato Labeone, riportato da Ulp. *l. 52, § 11, de furt.*

§ 384.

A questi casi di non passato dominio appartengono i testi i quali riconoscono furto nel falso procuratore. Infatti Pomponio nella *cit. l. 44, pr. de furt.* nell'ammettere l'esistenza del furto aggiunge, che il dominio non era passato « debitori iste tenetur furti, et nummi debitoris erunt. » Ed anche Africano *d. l. 38, § 1 de solution.* osserva, che è inconciliabile il passaggio del dominio e l'esistenza di furto nel procuratore « quoniam furtum eorum (nummorum) sit facturus, mansuros eos debitoris. » Sembra solo ostare Ulp. *d. l. 18, fi. de solution.* dove unisce due cose » et debitor liberabitur, et Titius furti actione tenebitur: » pare che ammetta insieme l'esistenza del furto, ed il passaggio del dominio senza il quale il debitore non sarebbe liberato. Bene è inteso il frammento da Cujacio *I, 1423 A.*, che vi si tratti di liberazione *ope exceptionis* secondo il metodo descritto da Africano *d. l. 38, § 1.*: cioè in quanto che nella singolar specie di Africano e di Ulpiano, che non era di un procuratore del tutto falso ma d'un procuratore rivocato, il creditore perseguitando tuttavia il debitore dopo quel pagamento

può essere respinto *per exceptionem* se il debitore medesimo sia disposto a cedergli la *cond. furt.* che gli compete contro quel procuratore. — Pertanto, fatto pagamento al falso procuratore, avviene uno de' due casi: O esso procuratore acquista il dominio, e non si dà contro esso la *cond. furt.*, ma la *cond. indeb.* della cosa pagata, *l. 6, § 1. de cond. indeb., l. 8. C. eod.* O non acquista il dominio, ed è luogo al furto se ritiene per animo di far lucro; si dà contro esso la *cond. furt.* e non la *cond. indeb.* di cosa certa. Solo in questo caso si può dare la *cond. indeb., possessionis*, che per essere *incerti* ed aver *l'intentio* « dare facere » può benissimo competere anche al padrone contro un non padrone; e può darsi contemporaneamente alla *cond. furt.*[1] — Di questa seconda ipotesi tratta certamente Papiniano ne' nostri due *§ 5, 7. leg. 80, de furt.*, e precisamente della specie della quale esso trattava contestualmente nel *§ 6*, cioè di chi simulò il vero procuratore, di errore *in corpore* della persona che rese il pagamento inefficace a trasferire il dominio: onde appo il giureconsulto la

[1] Talvolta si dà piuttosto la *cond. ob caus. dator., l. 14, de cond. cadat.* Quando cioè il debitore pagando trasferì sibbene il dominio nel falso procuratore; ma, dubitando o sapendo che non ha mandato, lo trasferì non all'effetto di avere immediata liberazione ma per esser liberato allorquando il creditore avrebbe ratiavuto. Entra l'idea d'una causa futura, e però, se la ratiabizione non venga, è luogo a quella *condictio*. Così mi pare che si debba definire questo punto sulle traccie della *l. 58, pr. de solut.*; piuttosto che cumulare la *cond. indeb.* e la *cond. ob caus. dator.* come fa CUJACIO *IV, 339 C, IX, 226 A*, ad onta che Paolo *d. l. 14*, escluda la prima. In questa ipotesi di dubbio o di scienza di non esistente mandato può essere anche luogo all'azione *ex stipulatu*, se cioè fu fatta stipulazione *ratam rem dominum habiturum, l. 22, pr. rat. rem hab.* — È da osservare come Paolo *d. l. 14, in fine* aggiunga « vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. » Separa manifestamente i casi: prima avea parlato del caso di non esistente furto; ora accenna all'altro di furto esistente, nel quale si darebbero l'*actio furti* e la *condictio furtiva*.

[2] Siccome adunque in ambedue le ipotesi è luogo ad una *cond. indeb.*, o di cosa propriamente detta o *possessionis*, potrebbe così spiegarsi la generale concessione della *cond. indeb.* che nel caso di pagamento a falso procuratore si trova in dd. *l. 6, § 1, de cond. ind., l. 8, C. eod.*

cond. indeb. si deve intendere necessariamente *possessionis.* Così si comprende ancora perchè Papin. nel *§ 5*, nel descritto caso, che io cominci ad agire contro Tizio creduto debitore colla *cond. indebiti,* soccorra questo sino a dargli contro me una *exceptio doli* ond' io gli ceda la *cond. furt.* contro il falso procuratore. Giacchè nella specie di quel paragr. benchè Tizio ratiavendo fatto avesse proprio l' affare dell' indebita soluzione, pure di fatto non ha il possesso; quindi era iniquo che fosse tenuto colla *cond. possessionis* verso di me, senza ch' io gli fornisca i mezzi che ho in mio potere per farglielo conseguire dal falso procuratore.

§ 385.

Ci resta ancora a fare una laboriosa indagine sopra un' altra applicazione della *cond. possessionis:* dobbiamo occuparci della seguente importante questione: Posto che uno, cui competa uno *jus retentionis*, o per ignoranza o per inavvertenza faccia la consegna della cosa senza valersi di tal dritto, avrà una *cond. indebiti, possessionis* affinchè, resogli il possesso della cosa, sia messo in grado di mettere in opera il dritto medesimo? Senza piantar la questione, Bruns *Das Recht des Besitzes pag. 34*, *n. 1* riporta al presente trattato, come sopra notammo, due testi, cioè la *l. 21*, *ad SC. Trebell.*, e la *l. 40, § 1, de cond. indeb.*, che a quella appartengono; e dice, che sembrano contenere un ulteriore caso di *cond. possessionis ex causa indebiti.* Altrettanto fa nelle *Besitzklag. pag. 206.* della specie dell' inedificatore in suolo altrui, il quale renda al padrone la cosa, omessa la ritenzione per le spese. Ben più risolutamente e più largamente il Cujacio in molti passi delle sue opere [1] dà affermativa risposta alla questione; applicando e ai due casi allegati poscia dal Bruns e ad altri molteplici di ritenzioni, ed interpretando i due testi che alla sua tesi si oppongono, la *l. 33*, e la *l. 51*, *de cond. indeb.*, della

[1] Ed. nap. I, 1473 C., III, 194 C., IV, 548, A. B., 1203 B. C., VI, 266, C. D., VII, 1048 B., IX, 219 B. C. D.

cond. indeb., *certi*, come se questa e non quella *incerti*, *possessionis*, vi sia negata. — Credo, che per rispondere esattamente convenga prima esaminare, se chi consegna non valendosi del suo *jus retentionis* abbia in genere una *cond. indeb.*, per poi nell'affermativa ipotesi vedere se tal *cond. indeb.* sia *possessionis* o abbia altro obietto.

§ 386.

Chi consegna senza far uso del *jus retentionis* ha una qualche *cond. indebiti?* Lo *jus retentionis* è la facoltà, che talvolta ci compete, di differire la dovuta consegna d'una cosa, fino a che non siamo soddisfatti d'un nostro dritto. È simile alla *compensatio*; mentre in ambedue non si nega veramente l'esistenza del debito di consegnare ad un altro, ma se ne ricusa lo adempimento. Differiscono solo in questo, che nella compensazione è tale adempimento negato definitivamente, adoperato anche secondo la prevalente opinione proculiana un finto pagamento;[1] ma lo *jus retentionis* induce soltanto una dilazione dell'adempimento medesimo. Talvolta la parola *pensatio* travasi usata per significare lo *jus retent.*, *l. 18. § 4 commod.*[2] — Omesso l'esercizio della descritta facoltà, credo che la *cond. indeb.* non possa aver luogo, come conseguenza di esso *jus retent.* e in virtù del medesimo. Appunto perchè è dritto di ritenzione, dritto di opporsi a domanda altrui, e non a domandare, ad agire; onde sostener tesi diversa sarebbe travisare lo *jus retent.* Se talvolta è data *cond. indeb.* a chi omise di esercitare lo *jus retent.*; ciò proviene da altra fonte, da altra causa, che in cotesti casi si rinviene. — Infatti i casi, che il dritto nostro ci offre di *jus retent.*, si dispongono in due classi. In una quel dritto, di cui la soddisfazione fa differire la dovuta consegna, non ha per oggetto la cosa stessa da consegnarsi e che vien ritenuta, sicchè di fronte ad esso dritto resta sano l'obbligo della consegna. In un'al-

[1] Cf. mio lib. *De oblig. p. 493, segg.*
[2] D. lib. *pag. 505.*

ra invece quel diritto ha per oggetto la cosa medesima da consegnarsi e che è ritenuta, cosicchè n'è quell'obbligo diminuito. Nella prima classe lo *jus retent.* è dato sempre per mera equità e convenienza, nella seconda può esser dato per ragioni giuridiche; appunto perchè sibbene nella prima, ma non nella seconda, è dovuta veramente l'intera cosa. Esaminiamo ambedue le classi.

§ 387.

Esempi della prima classe abbiamo parecchi. Celebre quello dell'inedificatore di buona fede in suolo altrui, che ha dritto di ritenere la cosa contro il rivendicante padrone, finchè non sia rifatto dello speso utilmente, *l. 37*, *l. 38*, *de R. V.*, *l. 7*, *§ 12*, *de a. r. d.*, *l. 5*, *l. 11*, *C. de R. V.*, *l. 5*, *C. de aedif. priv.*, *§ 30*, *I. de r. d.*, *Gaj. II*, *76.* [1] Il dritto a tale ritenzione non ha per oggetto la cosa stessa da consegnarsi,

---

[1] Mi sembra che abbiano pienamente ragione quegli scrittori, che seguendo Donello negano per i citati testi lo *jus retent.* ai possessori ed inedificatori di m. f. La *l. 38, de H. P.,* ha secondo me ragione speciale per l'eredità, ove il possesso di m. f. ha minor odio per l'interesse pubblico che si amministrino i *sacra,* i creditori abbiano chi li soddisfi, e finalmente non vachi il possesso d'una massa di beni: per le quali ragioni abbiamo esposto essere stata anche introdotta la *usucapio pro herede.* Era già grave che i padroni arricchissero con altrui jattura pigliandosi lo speso utilmente, a danno de' possessori di m. f. Il ricevere altrettanto nelle eredità sarebbe stato inoltre discordante coll'avere ammesso l'*usucapio pro herede* anche a vantaggio de' possessori di m. f., rendendo troppo difficile tal possesso con sì gravi misure. La condotta del testo di Paolo mostra precisamente che la sua decisione è prodotta da considerazioni di questa natura. Infatti dopo aver riportato il parere di altri che negavano ai possessori di m. f. anche dell'eredità la *exceptio* riguardo alle spese utili perchè « de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit; » esso soggiunge « sed benignius est etc. » — Non dissimile è quel che dubbiosamente credeva Giuliano, che se altri edifichi in istato di m. f. sopraggiunta, abbia l'eccezione; argomentando, credo, dalla concessagli usucapione e publiciana, oltre il riguardo alla gravità di far arricchire il padrone con suo danno. Ulpiano però in questo punto tenne per la negativa, *d. l. 37, de R. V.*

ma ha per oggetto il danaro. Non è dato che per ragione di equità e di convenienza, « aequitatis ratione » Papin. *d. l. 48, de R. V.* — Altro esempio nella così detta *exceptio non adimpleti contractus*, introdotta dopo l'età di Cicerone a favore del venditore, autorizzato a ritenere la cosa venduta, se il compratore esperimenti l'*actio emti* non offrendo il prezzo, *l. 31, § 1 de R. C., l. 22, de hered. vel act. vend., l. 13, § 8, de act. emti, l. 31, § 8, l. 57, pr. de aedil. ed., l. 14, § 1, de furt., l. 8, in f. C. de act. emti.* Estesa dai giureconsulti romani a favore del compratore, che abbia dritto a ritenere il prezzo contro il venditore che lo chieda coll'*actio venditi* senza offrire la cosa *l. 25, de act. emti, l. 5, § 4, de dol. mal. et met. except., Gaj. IV 126 a.;* e dagl'interpreti a tutti i contratti di buona fede dove fin da principio sia costituita reciproca obbligazione.[1] Il dritto di cui si vuole la soddisfazione dal ritenente non ha per oggetto ciò che vien ritenuto, ma ha oggetto diverso: è concesso lo *jus retent.* solo per equità e convenienza. — Altri esempi molto simili al precedente ritrovansi ne' così detti contratti claudicanti; uno nella *l. 7, § 1, vers. Item potest, de resc. vend.*, ed un altro nella *l. 34, § 3, de contr. emt.* — Alla stessa classe di ritenzioni spetta il disposto della famosa *l. 1, C. etiam ob chirogr. pecun.* — Alla medesima appartiene l'altro caso della *l. 18, § 4, commod., l. 20, h. t., l. 15, § 2, de furt.* — L'altro nella *l. 2, pr. de l. Rh. de jactu.* — Nonchè i tre casi, fra loro omogenei, trattati nelle *l. 24, § 1, de pigner. act., l. 50, de solut., l. 94. pr. eod.* — In tutti questi casi chi consegni senza usare lo *jus retent.* non ha *cond. indeb.*, perchè ha dato ciò che era interamente dovuto. Esso sulla cosa che consegnò non aveva altro diritto che di ritenerla, dritto che mentre la riteneva può generargli una specie di pegno; e quindi anche l'*actio furti*, non *rei* ma *poenae persequutoria*, colla sua *intentio* « pro fure damnum decidere oportere » *(Gaj. IV, 37)*, se ne fosse stato a suo dispetto defraudato, *l. 22. de her. vel. act. vend. l. 13, § 8, de act. emti, l. 31, § 8, de aedil. edicto, l. 15, § 2, de furt.* (§ 41). Ma, perduta la cosa per atto suo proprio, niun

[1] D. lib. *De oblig. p. 65 segg.*

liritto più gli rimane. [3] Nè difficile mi sembra il rispondere
lla riflessione che condusse Cujacio a dare, segnatamente
iel caso dell' inedificatore, la *cond. indeb., possessionis,* che cioè
hi ha lo *jus retent.* per ciò stesso non deve il possesso; se
o dà, dà un indebito; quindi la relativa *cond. incerti.* La ri-
posta sta nella riflessione medesima. Giacchè se chi ha *jus*
etent. non deve il possesso *per ciò stesso*, dunque non è pie-
iamente eliminato il suo dovere di darlo, ma solo in quanto
l non darlo è compreso nel concetto stesso del suo *jus re-*
ent. Non lo deve, solo per ritenere: non si può dire che non
o debba, fino a poter agire. Torna sempre, che la legge nel
lare lo *jus retent.* autorizza soltanto a non adempire tempo-
aneamente il proprio dovere di consegna; non già a ciò che
ben più grave, a rivocare il fatto adempimento. Non man-
ano esempi prossimi, ne' quali alcuno sia autorizzato solo a
ion dare; onde, se dia, non ha la più grave facoltà di ripe-
ere, *l. 1, pr. de SC. Maced., l. 40, pr. de cond. indeb.* [4]

§ 388.

Chiari i testi per questo nostro assunto. Precisamente del
aso di chi spende p. e. edificando sul suolo altrui, Papiniano
iella *l. 48, de R. V.* nega ogni azione e solo accorda la riten-
zione per mezzo dell'eccezione *doli mali* « Sumtus in praedium
quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque
ab eo qui praedium donavit, neque a domino peti possunt: ve-
um exceptione doli posita, per officium judicis aequitatis
atione servantur. » Paolo *l. 14, § 1, de comm. divid.* dà esclu-
ivamente la ritenzione « hoc enim casu, ubi quasi in rem
neam impendo, tantum retentionem habeo. » E Giuliano *l. 33,*
le cond. indeb., fatto precisamente il caso del non esercitato
us retent., nega la *cond. indeb.* ed afferma che all' infuori della

---

[3] Simile in ciò ai *missi in possessionem* secondo la sentenza di quelli
antichi, che il dritto di pegno de' *missi* facevan dipendere dal restare i
beni presso i medesimi (§ 115).

[4] D. lib. *De oblig. pag. 318.*

ritenzione niun altro rimedio compete « Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, con-dictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si qu-cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam ful sisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas ser-vare posse. » Torna Paolo *l. 14*, *de dol. mal. et met. except.* a confermare, che non v' è altro mezzo che la ritenzione per conseguire lo speso · « Paulus respondit, eum, qui in alien. solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse quam possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet: scilicet opposita doli mali exceptione. » Genericamente poi nella *l. 51 de cond. indeb.* definisce Pomponio « Ex quibus causis reten-tionem quidem habemus, petitionem autem non habemu-ea, si solverimus, repetere non possumus. » Quando quel dritto, onde ci compete lo *jus retent.*, non ha in alcun mod. per oggetto la cosa stessa da ritenersi; è fluida conseguenza che non sia possibile che abbiamo alcun'azione a persegui-tarla nè immediatamente nè mediatamente. Lo *jus retent.* resta isolato affatto colla sua natura escludente la idea di ripeti-zione. Si osservi bene, che anche ne' casi di *jus retent.*, de'quali trattiamo, può benissimo concepirsi, che chi ha esso *jus reten* abbia pure un'azione. Così nel caso della *exceptio non adim-pleti contractus*, oltre la ritenzione ha anche l'azione del con-tratto stesso: p. e. il venditore non soddisfatto del prezzo ha anche l'*actio venditi*. Nel caso della *l. 1, C. etiam ob chir. pec.*, oltre il dritto a ritenere la cosa pignorata, il creditore ha l'azione personale del suo credito; nel caso delle *l. 18*, § *commod.*, *l. 20*, *h. t.*, *l. 15*, § *2*, *de furt.* v' è anche l'azione co-*modati contraria*; e nel caso della *l. 2*, *pr. de l. Rhod. de ja.* vi sono anco le azioni del contratto di locazione conduzi. Ma queste azioni non sono mai rivolte alla cosa stessa rite-nuta, nè direttamente nè indirettamente; si dirigono e si ar-restano sopra altro oggetto. — Indarno Cujacio tutti i fram-menti or ora da noi riportati vuol intendere della negata con-*dictio indeb., certi*, e non di negata *cond. incerti, possessionis*; con-fa pure Bruns *Besitzkl. pag. 206* quanto alla *cit. l. 33*, *de cond.*

ndeb. Troppo chiara e ripetuta è la esclusione d'ogni azione a ipetere, e la tassativa concessione della ritenzione. Nè meglio Windscheid, che pure nell'inedificatore in suolo altrui vorebbe veder data secondo ragione una *conditio indeb.*, scorge *426, n. 12* nel testo di *d. l. 51, de cond. ind.* un'antica senenza, e negli altri, che all' inedificatore medesimo negano la letta *condictio*, un avanzo di tale antichità. Pomponio non si arebbe relatore di una vecchia sentenza, diretta ad escludere a *cond. indebiti* in chi non si valesse dello *jus retent.* Mentre sso è l'autore della *l. 21, ad SC. Trebell.*, in cui è trattato un aso di concessa *cond. indeb.* a chi non usa di uno *jus retent.*, iel quale parleremo in seguito; ed è uno dei testi che sono embrati essere in contradizione con *d. l. 51.* Ed esso Pomonio era stato promotore d'una simile *cond. indeb.* in un caso lifficile del quale parimenti parleremo in seguito, siccome aparisce dalla *l. 3, § 10, si cui plusquam per leg. falcid.* Nè Giuiano, Papiniano, e Paolo avrebbero accettato una decisione he fosse rimasuglio della supposta vieta sentenza.

§ 389.

Ben diversamente convien decidere sulla seconda classe li casi, ove il dritto, per cui ci compete la ritenzione d'una osa, ha per oggetto la cosa stessa. Cosicchè può benissimo ssere, che oltre lo *jus retent.* abbiamo un'azione rivolta o mmediatamente o mediatamente alla cosa medesima.[1] Imerocchè è per ciò diminuito il debito della consegna; se utto sia pagato, è concessa la *cond. indebiti.* Non in forza dello *us retent.* per se, non perchè l'omissione dell'esercizio di questo ne sia per se e di sua virtù la causa: ma perchè è pagato più del debito; in conseguenza del pagamento eccessivo he in tali casi ha la forma di omesso *jus retentionis.* Questi asi possono ridursi a tre gruppi o capi — 1° capo: Quando una era parte della cosa consegnata non era dovuta. Esempio

[1] Vedremo esempi presi dalle *l. 59, pr. ad SC. Treb., l. 26, pr. ad Falc., l. 35, de S. P. U., l. 7, pr. usufruct. quemad. cav.*

nella *l. 45, de cond. indeb.* Giavoleno. L'erede, che ha venduto l'eredità, ha dritto a ritenere ciò che per avventura il defunto gli doveva, non ostante l'avvenuta confusione, mentre « aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere » *l. 2 § 18, de her. vel. act. vend.* Se per errore consegni l'eredità al compratore senza esercitare tal ritenzione, egli ha la *condictio indeb.* « quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur. » Altro caso nell'erede fiduciario, che, non ostante la confusione, ha dritto a ritenere sul fidecommesso universale ciò che il defunto gli doveva. Se per errore paghi il fidecommesso non ritenendo tale suo credito, ha la *cond. indeb.* perchè pagò più del debito, *l. 80, ad SC. Trebell.* Scevola.[1] Avrebbe anche un'azione serviana per ripigliare quelle cose che dal defunto avea ricevute a pegno, *l. 59, pr. eod.* È da osservare in essa *l. 80,* che la *cond. indeb.*, sempre retta per sua natura dai principii di ragion naturale, non si dia nella ipotesi che il fiduciario a sua volta avesse abusato delle cose fidecommissarie.

§ 390.

Altro esempio assai rimarchevole nell'erede, che, gravato da legati o dal fidecommesso ha dritto a ritenere l'eredità finchè non ne deduca la quarta. Il dritto, per cui l'erede ha lo *jus retent.*, ha ancora qui per oggetto le cose stesse da pagarsi ai legatari o al fidecommissario. Tanto che in vista della quarta falcidia si dicono diminuiti *ipso jure* i legati *l. 73, §* ... *ad l. Falcid.;* le cose legate sono dichiarate comuni fra l'erede e i legatari nella *l. 49, pr. eod. tit.;* e all'erede è data la R. V. per la parte che gli tocca per la falcidia, se senza sua dazione l'intero legato si trovi per avventura presso il legatario *l.* ... *pr. eod.* Pertanto se quell'erede paghi i legati, o restituisca il fidecommesso, omessa per errore la detrazione, ha la *cond.*

[1] In *d. l. 80* la restituzione era stata fatta col lasciare che il fidecommissario possedesse i corpi dell'eredità fidecommissaria, cf. *l. 37, pr. eod. tit.*

indeb., *l. 1*, *§ 11*, *ad l. Falc.*, *l. 5*, *§ 15*, *fi. de don. int. v. e. u.*, *l. 68*, *§ 1*, *ad SC. Trebell.*, *l. 9*, *C. ad l. Falc*, *§ 7*, *1. de fideic. hered.* Rimarchevole sopra tutti il testo di Pomponio *l. 31*, *ad SC. Treb.*, ove il giureconsulto tiene un discorso che è in piena conformità colle idee da noi esposte finora. È precisamente il caso di un fiduciario, che restituì senza servirsi per errore del dritto di ritenere la quarta. Nè si era garantito colla stipulazione *qua amplius*, *quam per SC. Pegasianum licuerit*, *ceperit*, *dari*, introdotta ad esempio della simile che avea luogo per la Falcidia *(tit. ff. si cui plus quam per leg. falcid. etc.)*, *l. 1*, *§ 5*, *si cui plus quam etc.* Interrogato Pomponio come gli si possa provvedere, risponde, citando Aristone, esser simile a coloro i quali non si sono valsi delle ritenzioni che solo abbiano « similem eum esse Aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt. » Con che Aristone faceva, a mio credere, una ragione di dubitare contro quel fiduciario; perchè coloro, che a soddisfazione d'un dritto non avente per oggetto la cosa stessa da ritenersi, godono per mera ragione d'equità e di convenienza d'un isolato dritto di ritenere, non hanno mezzo per ripetere, siccome vedemmo dalla *l. 51*, *de cond. indeb.* pur essa di Pomponio. Simile in verità è il nostro fiduciario, in quanto che ebbe pur esso uno *jus retent.*, di cui non si valse. Ma non è punto eguale. Perchè quel dritto, che esso poteva garantire colla ritenzione, aveva per oggetto le cose stesse da ritenersi; onde la ritenzione non eragli concessa isolatamente, anzi neppure per mera equità e convenienza, ma come un modo di conseguire soddisfazione d'un dritto preesistente sulle cose medesime. Quindi è che non ostante la esposta ragione di dubitare, segue Pomp. sull'autorità d'Aristone enumerando i mezzi con cui si può nella specie soccorrere al fiduciario « *Sed* posse eum etc. », e contando per primo il dritto di ripetere. [1] — Però è ben da os-

[1] Nel caso eccezionale trattato da Scevola *l. 16*, *pr. ad l. Falc.*, ove a quarta non si doveva interamente, ma solo in parte prendere dalle cose stesse ritenute, e lo *jus retent.* proporzionalmente all'altra parte era dato per sola ragion d'equità, credo che, consegnate le cose senza ritenzione, non competa in detta proporzione la *cond. indeb.*

servare, che quanto ai legati la *cond. indeb.* colla *intentio* « dare oportere » non può competere all'erede che presti senza detrarre la quarta, se si tratti di legati *per vindicationem*. Abbiamo detto più volte, che, quando la tradizione fu di sua natura inetta a trasferire il dominio, non ha luogo tale *condictio indeb.* Ora l'erede prestando un legato *per vindicationem* neppur pensava di trasferir dominio, il quale per l'indole di tale legato già apparteneva nella giusta misura al legatario. Se dunque esso per inavvertenza prestò oltre il dovere, non perdette il dominio su ciò che dava di troppo, e che diminuendo *ipso jure* il legato era in sua proprietà. Credo, che in vista di questi importantissimi legati *per vindicationem*, e della solita *cond. indeb.* negata quanto ad essi, Teodoro *Schol. Basil. XLI, II, 10, Heimb. IV, p. 140*, si esprima « Ὁ φαλκίδιος νόμος παρακατάσχεσιν μόνον δίδωσι, οὐκέτι δέ καὶ ἀγωγὴν. » L'erede ha per ripetere la R. V.[1]

§ 391.

Un altro caso appartenente a questo primo capo di non dovuta parte, è quello di Africano *l. 30, pr. de act. emti.* Il peculio è una specie di *universitas*, un quasi patrimonio del servo e del figlio di famiglia, *l. 5, § 3, de pecul.*, del quale però dispone il padre di famiglia a suo talento, *l. 4. pr. eod.* Onde se avviene, che come padrone divenga natural creditore del servo che ha peculio; egli ha un' immensa facilità, come anche un' inclinazione assai facile a comprendersi, a pagarsi su questo. È perciò, che le altre persone, le quali contrattano col servo e contrattando hanno in mira il suo peculio che forma la garanzia della loro soddisfazione, non possono tener calcolo che di quanto vi avanza dopo pagati i debiti verso il padrone. Ed appunto perchè su questo solo posson contare allorchè contrattano, questo solo perseguiteranno coll'azione *de peculio.* Per le istesse ragioni chi compra il servo col suo peculio non può in questo intendere che quanto vi avanzi

[1] Vedremo poi cosa fece di più la giurisprudenza più mite (§ 409).

dopo pagati i debiti verso il padrone. Queste idee sono espresse nel detto, che col divenire il servo debitore del padrone « ipso jure ob id factum minutum esse peculium » *d. l. 30, pr. de act. emti*, ed è data da Ulpiano sull'autorità di Tuberone la definizione del peculio *l. 5, § 4, de pecul.* « quod servus domini permissu, separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur. » Poichè, come dice Ulp. stesso *l. 9, § 2, eod.* « Peculium autem deducto quod domino debetur, computandum esse: quia praevenisse dominus, et cum servo suo egisse creditur. »[1] Pertanto se il padrone venda il servo col peculio, e prima della tradizione divenga creditore del servo p. e. per furto sofferto da lui; esso ha dritto di ritenere proprozionatamente sul peculio, di modo che il suo *jus retent.* è modo di soddisfarsi d'un dritto che ha sopra una parte della cosa stessa ritenuta. Conseguenza è, che se consegni tutto per inavvertenza, ha la *cond. indeb.*: « quasi plus debito solverim, posse me condicere » *d. l. 30, pr. de act. emti.*

§ 392.

Fin qui del primo capo della concessa *cond. indeb.* dopo omesso lo *jus retent.*, cioè de' casi ne' quali il dritto, garantito dalla ritenzione, aveva per oggetto veramente una parte della cosa da ritenersi. Ma la giurisprudenza, tratta sempre dalla sopra notata brama di slargare i confini della *condictio* allo scopo di togliere ingiusti lucri, si contentò anche se il dritto, difeso colla ritenzione, non avendo per oggetto una vera parte della cosa da ritenersi, pure alla cosa stessa fosse in qualche altro modo realmente diretto, e diminuisse così l'obbligo della

---

[1] Qui noterò di passaggio, che però *le cose* rimangono tutte peculiari finchè il padrone di fatto non le tolga al peculio; perchè realmente fino a questo avvenimento restano interamente *in causa peculii.* Onde può essere, che sia più nelle *merci peculiari* che nel *peculio;* anzi, che quelle rimangano tutte tali, mentre il peculio sia tutto esaurito dai debiti verso il padrone *l. 4, § 5, de pecul.* Su questo punto è basata la distinzione fra l'azione *de peculio* e la *tributoria, l. 1, § 2, de tribut. act.*

consegna. Cosicchè la *cond. indeb.* restava negata solo quando questo dritto difeso dallo *jus retent.* avesse oggetto del tutto distinto dalla cosa da ritenersi, siccome abbiamo dimostrato. – Quindi 2° capo: Se altri avesse dritto a ritenere una cosa finchè non costituisse sulla medesima in proprio favore una servitù che ne limitasse la proprietà in altra persona, e per errore consegni la cosa libera, avrà la *cond. indeb.* quasi che abbia dato oltre il debito. Io vendetti una di due mie case colla convenzione che la venduta presterebbe una servitù alla non venduta; era caso di costituire servitù *per deductionem.* Consegnai per inavvertenza senza far menzione della servitù; avrò la *cond. indeb.*, *l. 35*, *de S. P. U.*, *l. 22*, *§ 1*, *de cond. ind.*, *l. 8*, *pr. de act. emti.*, oltre l'azione *ex vendito* di cui potrei anche valermi, come afferma Marciano *d. l. 35.*[1]

§ 393.

3° capo: La giurisprudenza sviluppandosi maggiormente andò più oltre. Se avevo dritto a ritenere la cosa finchè non avessi ricevuta dall'altro una cauzione diretta a futura restituzione da farsi a me della cosa medesima, e consegnai senza ricevere tale cauzione; anche qui sembra che io dia più del debito dando liberamente la cosa, che io non doveva in tal modo, ma con assicurazione di restituzione a me medesimo. Mi fu data la *cond. indeb.* Era stato lasciato un legato d'usufrutto su cose che *in abusu consistunt;* l'erede avea dritto di non consegnare finchè non gli venisse dal legatario prestata la cauzione, introdotta dal senatusconsulto, *ut quandoque is mortuus*, *aut capite deminutus erit*, *ejusdem qualitatis res restituatur*, *l. 7*, *de usufr. ear. rer.* Con tale cauzione veniva richiamato l'obietto alla mera idea di valore, ed era distolta affatto l'idea del *corpus;* e così fu potuto l'usufrutto delle mentovate cose conciliare in qualche modo col principio che nell'usufrutto conservar si debba la sostanza: giacchè, ricevuto il solo

[1] Ciò è anche indicato dall' « etiam » di Paolo *d. l. 8*, *pr. de act. emti.*

pensiero del valore, salva poteva dirsi la sostanza quando l'usufruttuario sia tenuto a rendere altrettanto valore quanto ne ha ricevuto.[1] Se l'erede consegni senza ricevere la cauzione, afferma Ulp. *l. 5, § 1, eod. tit.* che può dirsi (« dici potest ») competer la *cond. indeb.* — Nell'usufrutto regolare l'usufruttuario dava altra cauzione, cioè *usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, l. 1, pr. ususfr. quemadm. cav.* Era stato legato un usufrutto: l'erede consegnava la cosa senza tale satisdazione. Nella *l. 7, pr. eod.* Ulp. riferisce aver Proculo detto, che l'erede avesse ad esercitare contro l'usufruttuario la R. V., e ad esso, che eccepisca *de re ususfructus nomine tradita*, replicare pel difetto della cauzione. In età più avanzata nello sviluppo della *cond. indeb.* Ulpiano, nell'approvare il rimedio di Proculo, aggiunge, che l'erede potrà anche esercitar la *cond. indeb.* — Allorquando, lasciati in un testamento dei legati, si possa dubitare giustamente se la legge Falcidia abbia o no applicazione; il pretore ordinò che il legatario avesse a satisdare all'erede *qua amplius quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit, dari, tit. ff. si cui plus quam per leg. etc.*, non potesse l'erede esser costretto a consegna prima d'aver ricevuta tale cauzione. Poniamo che in caso di quel giusto dubbio, la cauzione venisse omessa. Esitarono i giureconsulti sul dare o non dare la *cond. indeb.* Ma Pomponio, Ulpiano, e Marciano ritennero, e rescritti d'imperatori confermarono l'affermativa, *l. 39, de cond. indeb.*, *l. 3, § 5, 10, si cui plus etc.* « utilitatis *gratia* », e perchè « quasi plus solutum videtur ex eo quod cautio intermissa est » *d. l. 3, § 10,* « quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse » *d. l. 39.* — Alle cauzioni di questa natura si fermò la giurisprudenza nel suo progressivo accordare la *cond. indeb.* Non l'accordò, se si trattasse di cau-

---

[1] Così intendo nella varietà delle interpretazioni quel passo di Giustiniano *§ 2, I. de usufr.* « Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat; sed per cautionem quasi usumfructum constituit. » Espressioni, colle quali combina il testo di Gajo *l. 2, § 1, de usufr. ear. rer.* « remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. »

zioni che non avessero per oggetto la cosa stessa da ritenersi o la sua restituzione futura a colui, che aveva lo *jus retent.* finchè non gli venissero prestate. In vista di cauzioni di tale indole non può mai sembrare diminuito il suo debito della consegna; e se paga senza riceverle, non può sembrare che abbia pagato più del dovuto da esso. Torna che l'omesso *jus retent.* non dà luogo per se alla *cond. indeb.* Così s'intende la *l. 7, § 4, de dot. praeleg.* di Papiniano: ove trattandosi del dritto di ritenere finchè non venisse prestata una cauzione non avente per oggetto la cosa stessa da ritenersi, una cauzione soltanto *defensionis*, si nega la *cond. indeb.* per consegna fatta senza la cauzione medesima « cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur: non indebitum facit, quod fuit debitum. »[2] E precisamente perchè si trattava d'una cauzione, che aveva bensì per oggetto la cosa da ritenersi, ma non la sua futura restituzione alla persona stessa che avea lo *jus retent.* finchè tal cauzione non fosse prestata, Papiniano stesso nega la *cond. indeb.* quando consegna venisse fatta senza questa prestazione, *l. 69, § 3, de l. 2.*[3]

---

[2] Papiniano dà per equità nella sua specie un'utile azione quasi da cauzione tacitamente prestata, ossia come se la cauzione fosse intervenuta. Così bene interpreta CUJACIO *IV, 480, E.* le seguenti parole « sed non erit iniquum, heredi subveniri. » Ripiego non privo di esempio, *l. 19, § 1, de adoption., l. 5, § 1, vers. sed finito, de usufr. ear. rer.*

[3] Non m'accorderei col CUJACIO *IV, 548, A.*, il quale, volendo anche qui concessa la sua solita *cond. possessionis*, interpreta la negazione di Papin. per la sola *cond. certi.* Oltre la ragione da me esposta, osta la parola del giureconsulto « *nulla* quidem eo nomine nascetur condictio. » Veramente lo stesso Cujacio in altro punto *(VII, 1229, B. C.)* ritiene la negazione assoluta: spiega, perchè non era nel caso di Papin. una molto importante cauzione. Ragione poco conveniente: primo perchè dell'importanza della cauzione *se familiae domum restituturum* nella specie di fedecommesso trattata da Papin. fa garanzia lo averla il giureconsulto medesimo imposta al prossimo invitato. E poi, ammessa in genere la supposta massima che le omesse cauzioni dian luogo alla *cond. indeb.*, non dovrebbe importare se si tratti di cauzioni o più o men necessarie; come non importa in genere nella *cond. indeb.* se l'indebitamente pagato sia molta od anche pochissima cosa.

§ 394.

Fin qui abbiamo esaminato casi di *jus retent.* che si collocano nettamente in una o in un' altra delle due classi principali da noi prestabilite (§ 386). V'è un' ipotesi, la quale contiene casi che appartengono ad una, e casi che spettano all' altra classe. È quella delle spese fatte dal proprietario attuale d'una cosa, il quale deve in seguito restituire ad una altra persona, ed in vista di tale restituzione non deve restare in danno per lo speso. Ipotesi, che convien trattare complessivamente per non spezzare de' pensieri coordinati fra loro. Conviene stabilire la distinzione seguente: O quella cosa spetta ad una *universitas*, la quale è attualmente dello spendente e dovrà da esso essere restituita; o non spetta ad *universitas* da restituirsi. Cominciamo a parlare sulla prima supposizione; e in primo luogo quanto alle spese necessarie poi quanto alle spese utili. — Quando una cosa, che fa parte d' un patrimonio, d' una *universitas*, ha bisogno di spese necessarie (tali cioè, che se omettansi, la cosa perirebbe o diverrebbe deteriore *l. 79, pr. de V. S)*; il proprietario secondo i principî di retta amministrazione fa tali spese prendendone l'importo o dai frutti del patrimonio, se si tratti di spese ordinarie, o, se si tratti di spese straordinarie, anche dagli altri cespiti del patrimonio medesimo, prima dal danaro, in mancanza, da altri capitali, cf. *l. 15, de impens. in res dotal. fact.* Discorriamo delle sole spese straordinarie; giacchè quanto alle ordinarie restano sempre a carico del proprietario che le ha fatte, *d. l. 15,* [1] e sono fuori della nostra indagine. Per-

[1] Non fa ostacolo la *l. 66, § 1, sol. matrim.*, dove trovasi concesso al marito rimborso per le vesti somministrate ai servi della donna. Chi legga attentamente quel testo si convincerà, credo, della mia opinione che vi si parli di servi stradotali, i quali si trovarono durante il matrimonio nella casa maritale. Si tratta di una ritenzione non *propter impensas* ma *propter res donatas;* ritenzione della quale non parlo, come neppur delle altre *propter liberos, propter mores,* e *propter res amotas* perchè nel diritto giustinianeo del tutto antiquate. Siccome lo alimentare servi stradotali della

tanto fatte tali riparazioni, la cosa riparata resta tal quale era prima, come è nel concetto conservatore di tali spese. Non certo può dirsi diminuita nel suo corpo, mentre assurdo sarebbe il dire che un corpo sia diminuito per la cagione che vi è stato necessariamente speso del danaro; come neppure diminuita nel suo valore, atteso il mentovato concetto riparatore delle spese necessarie. È la massa del patrimonio quella che soffre: perchè mentre da una parte la cosa su cui fu speso rimane qual'era e non aumentata, manca alla massa quel cespite a carico del quale esse spese furono eseguite. Prima del sorto bisogno della spesa necessaria di 50 sopra una casa spettante al patrimonio, erano 1000 nel patrimonio stesso; 100 in quella casa, 900 in altri capitali. Sorto quel bisogno, fatte le spese in 50, la casa resta del valore di 100, ma negli altri capitali ci sono soltanto 850. La somma del patrimonio è ridotta a 950, diminuita di 50 importo delle spese.

§ 395.

Ora poniamo, che un' altra persona abbia dritto, che quel patrimonio, quell' *universitas,* su cui il proprietario fece spese necessarie, gli venga da questo restituita. P. e. sia un fidecommissario universale, avente diritto alla restituzione di quell' *hereditas* sulla quale il fiduciario spese necessariamente. È sempre vero, che la cosa riparata non risultò diminuita per tali spese; non per questo capo può dirsi che sia cessata in parte dallo essere fidecommissaria, e che minore sia dovuta al fidecommissario. Ma il fiduciario o nel fare quelle spese ne ottenne l'importo prendendo danaro o vendendo altri capitali dell' *hereditas.* Ovvero, seppure per farle si servì d'altra fonte cioè dell'altro patrimonio proprio, gli nacque

moglie non è donazione vera finchè il marito se'ne serve anch'esso (*l. 31, § 10, de donat. i. v. e. u.*); così la donazione vera rimane solo in ciò che si ritrova tuttora delle vesti all' epoca in cui si faccia divorzio. Quindi la limitazione di Labeone e di Trebazio in *d. l. 66, § 1.*

una specie di credito [1] contro l'*universitas* che era giustamente affetta dall' onere delle spese. Potrà in questo secondo caso rimborsarsi a piacere, e specialmente allorquando verrà compulso alla restituzione dell' *hereditas*. Avrà allora uno *jus retent.* sull' eredità stessa, finchè prenda sul danaro ereditario l'importo delle spese, fatta così una specie di compensazione fra il suo credito per le spese e il suo debito di restituzione, (compensazione che fra danaro e danaro ottimamente si concepisce); ed in mancanza di danaro ereditario, finchè si rimborsi alienando capitali ereditari, o quell' istesso su cui spese o altri indistintamente, in tutto o in parte, come può fare ogni buon amministratore che deve pagare e non ha danaro in pronto. Non osta al dritto o di alienare nell' epoca del far le spese de' capitali ereditari, o di dedurli per vendere nell' atto della restituzione, la proibizione di alienazione unita ai fidecommessi. Poichè essa non importa proibizione di quelle alienazioni che sono imposte dalla necessità d' amministrazione, come bene ha riflettuto Seuffert *Das gesetzliche Verässerungsverbot bei Sing. und Universalvermächtniss. p. 126, segg.*: vedi infatti *l. 114, § 14, ff. de l. 1., l. 19, § 2, l. 22, § 3, ad S. C. Treb.* — Pertanto sia che il fiduciario distraesse capitali fin dall' epoca delle fatte spese, sia che faccia la mentovata deduzione allorchè vien compulso a restituzione; il fidecommissario avrà sempre l' eredità, la massa del patrimonio che è in fidecommisso, veramente diminuita in proporzione delle spese necessarie secondo la dimostrazione aritmetica che sopra abbiam fatta. E nel secondo caso (della deduzione posteriore) anche la cosa stessa su cui fu speso può cessare in tutto o in parte d' esser dovuta come fidecommissaria secondo l' esposto ragionamento. — Certo è però, che se il fiduciario non distrasse capitali ereditari nell' atto stesso dello spendere, potrà arrivare al proprio rimborso anche in un' altra guisa. Vale a dire, quando venga compulso alla restitu-

[1] Dico una specie di credito, perchè la *universitas* da restituire essendo dell' erede fiduciario, rigorosamente parlando non può esso avere un credito, oggetto del quale siano i beni della medesima.

zione, potrà esercitare bensì uno *jus retentionis* sulle cose ereditarie o tutte o in parte, e indistintamente sulla cosa stessa in cui spese o su altre: però non allo scopo sopra descritto di dedurne capitali, ma allo scopo di farsi pagare pel rimborso dal fidecommessario. In quest' ultimo caso il fidecommissario avrà veramente l' eredità, la massa de' beni non diminuita per causa delle spese necessarie, l'avrà dell'istesso valore di 1000 com' era prima delle fatte spese; avrà diminuito l' antico proprio patrimonio, dal quale prende il danaro per rimborsare il fiduciario. — Cosa diremo se il fiduciario, che tali spese necessarie avea fatto coll'altro suo patrimonio ora compulso a restituzione ometta ogni maniera di ritenzione e restituisca l' intera *universitas?* Sendo che avea anche dritto a prender l' importo delle spese sulla *universitas* medesima, e darla veramente diminuita; segue, che avendo dato pur la porzione che poteva dedurre, pagò più del debito; avrà la *cond. indeb.* Infatti così definisce Marciano *l. 40, § 1, de cond. ind.* Apparteneva una casa ad un fidecommesso lasciato *in diem:* avanti il *dies cedens* ne andò a fuoco una parte. Il restaurare è spesa necessaria: l'erede, attual padrone, la sostenne. Il fidecommesso è affetto dall' onere di tale spesa « deducendam esse impensam ex fideicommisso constat. » Quindi conchiude il giureconsulto « si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit » [1]

§ 396.

Altro caso d' un padrone di una *universitas* da restituirsi, il quale abbia speso in essa *universitas*, è quello del marito rapporto alla dote. La dote è un' *universitas*, un *quasi patrimonium mulieris l. 3, § 5 de minor., l. 16, de religios.* Ma le

---

[1] Inclino a credere, che Marciano parli di fidecommesso universale per le dette parole « deducendam esse impensam ex fideicommisso. » Però se trattasse di fidecommesso speciale, la sua risposta verrebbe uguale (§ 405): converrebbe allora avvertire, che Marciano fiorì dopo il D. Pio, sotto Severo.

definizioni del dritto nostro per le spese necessarie fatte in cosa dotale non sono del tutto eguali a quelle che vedemmo quanto al fidecommesso universale; e ciò per causa della legge Giulia. Anche nelle doti torna, che, fatte dal marito delle spese necessarie per una cosa dotale, esse spese non hanno per se e nel loro atto alcuna influenza per dire la cosa stessa cangiata in qualsiasi modo. Questa rimane tale qual'era, non solo nel suo corpo che non è certo diminuito (perchè è sempre assurdo che un corpo dicasi diminuito per esservi state fatte necessarie spese), ma anche nel suo valore in virtù della natura riparatrice, conservatrice delle spese medesime. Adunque sotto questo punto di vista non cesserà la cosa dallo essere in alcuna parte dotale; resterà soggetta interamente alla restituzione, *soluto matrimonio*. Pertanto qual'è mai il significato di ciò che pur troviamo tante volte ripetuto, diminuirsi le doti *ipso jure* per spese necessarie? I testi nelle *l. 61*, *de ritu nupt.*, *l. 56*, *§ 3*, *de iur. dot.*, *l.* 5, *§ 2*, *de pact. dotal.*, *l. 1*, *§ 2*, *l. 5*, *pr.*, *l. 15*, *de impens. in res dot.*, *l. 5*, *de dot. prælег.*, *l. 1*, *§ 5*, *C. de rei ux. act.*, *§ 37*, *I. de action.* Esaminiamo. Se nel resto della dote vi sian cose non immobili, che la l. Giulia non proibì di alienare, e specialmente denaro (sia che fosse data in dote anche la *quantitas*, sia che fossero dati anche fondi *æstimati* cf. *l.* 5, *l. 10*, *C. de jur. dot.*) allora può il marito secondo i su esposti principî di giusta amministrazione prendere di lì quanto è d' uopo per fare quelle spese. Così l' *universitas*, la *dos*, in cui si trova il corpo riparato eguale a prima ma il danaro scemato, risulterà secondo i calcoli fatti di sopra diminuita *ipso jure*, ossia (com' io interpreto) per la natura stessa dello spendere necessario. Queste cose dice Ulp. *l. 1*, *§ 4*, *de dot. præleg.* « Impensæ autem ipso jure dotem minuunt: sed quod diximus, ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora sed ad universitatem erit referendum. » — Che se il marito fece da principio le spese coll' altro suo patrimonio, gli nacque una specie di credito verso la *dos*. Nella detta ipotesi, che nel resto della dote vi sia danaro, si soddisfarà con esso, fatta una specie di compensazione fra questo denaro ed il dovutogli per le spese. Potrà in mancanza di

danaro soddisfarsi ancora su altra cosa che esista in dote e che non cada sotto la proibizione della l. Giulia, compresa anche quella cosa stessa riparata se non sia un fondo, distraendola o in parte o in tutto. E ciò specialmente all'epoca della restituzione, sciolto il matrimonio; opponendo all'azione *rei uxoriæ* la ritenzione della dote come debitrice, finchè non sia così soddisfatto. In questo modo la *dos* si ritrova per la natura stessa delle spese necessarie diminuita. E così potrà ancor qui avvenire, che la cosa in cui fu speso, e che non essendo stata, come si disse, diminuita dall'atto stesso dello spendere, non era cessata per questo capo d' esser dotale in parte alcuna; cessi ora in forza del rimborso dallo essere dotale in parte o in tutto. Non in quanto che e perchè fu speso precisamente in essa; ma del pari e indistintamente come qualunque altra di quelle cose spettanti alla *dos* debitrice, che è sempre quella che per le spese necessarie dev' essere diminuita, *d. l. 1*, *§ 4*, *de dot. prælег.* — Prima di Giustiniano poteva anche il marito all' epoca della restituzione e contro l' *actio rei uxoriæ* valersi in altra maniera dello *jus retentionis*: cioè ritenere la dote non come debitrice allo scopo di soddisfarsi da per se su di essa, ma come una specie di pegno finchè esso marito non fosse soddisfatto dalla moglie con altro dànaro *l. 23*, *soluto matrim.* In quest' ultima ipotesi propriamente nè la *dos* risulta diminuita, nè la cosa riparata viene sottratta in alcuna parte dal suo carattere dotale e relativa restituzione; appunto perchè tutta la *dos*, tutta la cosa medesima, vengono finalmente restituite. Solo impropriamente può dirsi diminuita la *dos* e cessata in parte dallo esser dotale la cosa riparata; in quanto che la *dos* ed i suoi cespiti, frai quali indistintamente essa cosa riparata, non sono più consegnati pianamente, come esser dovrebbero riguardato semplicemente il carattere dotale: ma la moglie per riaverli deve sborsare danaro, così che ne' finali effetti finanziari viene ad essere per lei come se il marito si fosse preso capitali dotali, e indifferentemente fra questi anche la cosa risarcita, nel modo sopra descritto — Con queste due maniere di esercitare lo *jus retent.*, si spiega, come, mentre Giu-

tiniano nella *d. l. 1*, § 5, *C. de rei ux. act.* emanata nell'anno 30 diceva di abolire le ritenzioni della dote pel capo delle pese, nelle Istituzioni pubblicate tre anni dopo, e precisanente in *d.* § *37*, *I. de action.*, parli di tali ritenzioni come di osa d'uso attuale « Propter retentionem quoque dotis reetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, narito quasi retentio concessa est: quia ipso jure necessariis umptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum liris cognoscere licet. » Esso aboliva lo *jus retent.* esercitato iel secondo modo, che propriamente non induce diminuzione li dote; non aboliva quello esercitato nel primo modo, che al diminuzione induce. Infatti nel § *37*, *I.* della conservata *etentio* parla in analogia col principio « ipso jure necessariis umptibus dos minuitur; » e nella *l. 1*, § 5, *C.* lascia intera a massima che « necessariæ quidem expensæ dotis miiuant quantitatem, » e le sue applicazioni.[1]

§ 397.

Ora vediamo che s'abbia a dire, se nella dote non vi siano ose esenti dalla proibizione della l. Giulia, ma vi siano solo ondi od anche quel solo fondo che ha bisogno di spese neessarie. In questa ipotesi non sarà mai vero propriamente he le spese necessarie *minuant dotem.* Poichè, proibendolo la . Giulia, non potrà il marito da principio nel far le spese togierne l'importo alienando fondi. Nè, se cominciò collo spenlere coll'altro suo patrimonio, potrà in avvenire, e specialnente all'epoca della restituzione della dote per mezzo di *jus etent.*, rimborsarsi alienando in tutto o in parte o altri fondi) indistintamente quello stesso in cui spese. Di modo che nel'ultimo caso non potrà cessare il fondo stesso dallo essere) in tutto o in parte dotale per effetto di rimborso. Ed ecco

---

[1] Nel § *37*, *I.* per marcare anche nella denominazione la *retentio* he era conservata, e mostrare che non cadeva sotto la *l. 1, C. de rei ux. ct.* la quale aveva pur abolito con generali espressioni le ritenzioni sulle loti, Giustiniano la chiama « quasi retentio. »

perchè Papiniano nella *l. 61, de ritu nuptiar.* dice delle spese necessarie, che « dotem ipso jure minuere solent; » è solita ma non continua definizione. Ecco perchè Giustiniano *d. l. 1, § 5, C. de rei ux. act.* nel ricordare la massima che le spese necessarie diminuiscono la dote, si esprime così « necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem; » diminuiscono la dote in quanto vi siano *quantitates*, non in quanto vi si trovino fondi. Pertanto a me sembra poco esatto quel che asserisce Arndts *§ 402*, la l. Giulia non aver luogo quando il fondo cessi di far parte della dote per mezzo di valida convenzione o per altri motivi, e cita le *l. 56, § 3, de jur. dot., l. 5, pr. de imp. in res dot. fact.* le quali spettano precisamente alle spese necessarie. Poichè onde un cespite dotale finisca d'esser tale per causa di spese necessarie, conviene, come dimostrammo, che il marito lo alieni o al tempo stesso dello spendere o in seguito per rimborsarsi: atti volontarii, proibiti dalla l. Giulia sui fondi dotali. La severità di questa legge non permise che quelle sole alienazioni le quali sian dal marito subìte per assoluta operazione di volontà straniera che direttamente le imponga, *l. 78, § 4, de jur. dot., l. 1, pr. de fundo dot., l. 2, C. de fundo dot.* Restano proibite ricisamente tutte le altre alienazioni *invita uxore*, benchè sembrino e siano da qualunque migliore ed urgente ragione persuase. Quanto ai due testi invocati dall'Arndts vedremo che accordano pienamente colle nostre idee. [1] — Pertanto nel caso, che in dote non esista danaro o altre cose esenti dalla l. Giulia, ma solo fondi: mai la dote è propriamente diminuita colle spese necessarie. Come mai per tali spese cesserà in tutto o in parte d'esser dotale quel fondo in cui fu speso: non in forza dell'atto stesso dello spendervi sopra, che come vedemmo sarebbe assurdo, nè per posteriore rimborso, che volesse farsi il marito su di

[1] ARNDTS cita anche le *l. 26, l. 27. de jur. dot.* che però debbono prendersi del caso del consenso della moglie; caso che era fuori delle disposizioni della l. Giulia. Così le intese già CUJACIO *I, 1499, B., VI, 114 A. B.* Cf. anche *l. 7, de tutor. et cur. dat.* Senza tale supposizione que' testi nella loro generale concezione si troverebbero in opposizione inconciliabile colla legge Giulia.

esso fondo, per la proibizione della l. Giulia. Solo, prima che Giustiniano abolisse questo per introdurre altri rimedi *d. l. 1, § 5, C. de rei ux. act.*, il marito per ragione di equità e convenienza aveva il rimedio di servirsi dell'altra foggia di *jus retent.*; cioè poteva ritenere all'epoca della restituzione o in tutto o in parte la dote, compreso il fondo su cui avea speso, finchè la moglie non lo rimborsasse, *d. l. 23, sol. matr.* Con questo rimedio può dirsi solo impropriamente, come vedemmo di sopra, che la dote ed i suoi cespiti, compresavi indistintamente la cosa riparata, sian diminuiti dalle spese necessarie.

§ 398.

Adesso siamo al caso di esporre la nostra interpretazione di due testi, che, spettanti alla nostra materia delle spese necessarie su cosa dotale, hanno dato tanto a fare agl'interpreti. Spero, che li troveremo in armonia coll'esposto, ed in accordo fra loro, non ostante l'apparente contradizione di qualche loro espressione. Sono la *l. 56, § 3, de jur. dot.* di Paolo, ed i primi due periodi ossia la massima parte della *l. 5, pr. de impens. in res dot.* di Ulp. Esaminiamo prima la *l. 56, § 3, de jur. dot.* — Comincia Paolo dal fissare, che la massima « necessarias impensas ipso jure dotem minuere » non va applicata così, che, se per avventura la dote sia costituita da un fondo sul quale il marito abbia speso necessariamente, possa il marito stesso pigliarselo in alcuna parte all'effetto di rimborsarsi, toltogli a questo modo il carattere dotale. Perchè questa, che sarebbe vera applicazione di quella massima, è dalla l. Giulia vietata. Va in questa ipotesi la massima stessa presa nel senso improprio, che il marito possa quel fondo o in tutto o in parte ritenere finchè la moglie non lo soddisfi dello speso; impropria applicazione della ripetuta massima, come abbiamo sopra esposto « Quod dicitur, necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse: sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. » Però subito dopo Paolo espone due sentenze di due giureconsulti, di Sce-

vola cioè e di Nerva, enunciate ambedue nel senso di dare in alcune circostanze dritti maggiori al marito, cioè di dare una propria applicazione alla massima « necessariae impensae ipso jure dotem minuunt. » La sentenza di Scevola era, che se collo spendere necessariamente in più volte sul fondo dotale, finalmente si arrivasse a tale da equiparare collo importo delle spese tutto il valore del fondo, allora potesse il marito prendersi il fondo medesimo; aggiunta solo una limitazione, purchè dentro l'anno la moglie non gli offrisse l'importo delle spese. L'altra sentenza di Nerva consiste in questo, che, se oltre il fondo in cui fu speso ci sia nella dote del danaro, allora la massima che le spese necessarie diminuiscono la dote ha vera applicazione. Dappoichè il marito può quel capitale pecuniario o erogare fin da principio per le spese, o, fattele coll'altro suo patrimonio, adoperarlo per rimborsarsi per via d'una specie di compensazione « Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est: desinere eum dotalem esse, Scaevola noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait dotem pecuniariam minui. » Di queste due sentenze, quanto la seconda è ragionevole e congrua alle regole esposte, altrettanto insussistente è la prima. Imperocchè, se fintanto che le spese eran fatte al di sotto del valore del fondo, questo non cessò veramente dallo essere dotale proporzionalmente; è contradittorio il dire, che appena le spese comincino a raggiungere l'intero valore, il fondo d'un tratto cessi del tutto dall'esser tale; mentre del tutto quanto al tutto dirsi deve quel che si dice della parte quanto alla parte. Quindi Paolo proseguendo propone una sottile difficoltà, che realmente tocca tanto la sentenza di Scevola quanto quella di Nerva. Vale a dire: Posto che, raggiunto dalle spese l'intero valore del fondo, questo cessasse dall'esser dotale se la moglie entro l'anno non paghi, che diremo se la donna dentro l'anno paghi? parimenti che diremo se, posta l'esistenza del danaro in dote e la potestà del marito di prenderselo per le spese necessarie, la donna venga del pari ad offrire al ma-

rito tant' altro danaro quanto esso spese ed aveva già preso dalla dote? Poichè non si comprende chiaramente, se dovrebbe dirsi in tali casi che per l' offerta fatta dalla donna sia tolto di mezzo e quasi annullato tutto quel che avvenne di spendere e rimborsarsi, così che la dote abbia a dirsi coll'offerta medesima assolutamente reintegrata nel suo essere e valore primitivo. Ovvero che l' offerta della donna non importi che quel che avvenne si debba considerare come non avvenuto; rimanga sempre vero, che fatte le spese la dote restò minore, di modo che il danaro presentemente offerto dalla donna costituisca un vero aumento di dote in mero supplemento della già sofferta diminuzione. « Quid ergo, si mulier impensas marito solverit? utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? » Questa non era che una difficoltà da sciogliersi, e non una vera ragione di allontanarsi dalle due sentenze, delle quali quella di Nerva era giustissima. Infatti troviamo questa medesima difficoltà proposta e sciolta nel senso di verità da Ulp. *l. 5, § 1, de impens. in res dot.:* dove, dopo avere nella seconda parte del *princ.* (la esporremo fra poco) detto quello stesso che disse Nerva, prosegue affermando esser dubbio nel caso che la donna soddisfaccia le spese necessarie, se la dote cresca o sembri reintegrata, ma esser sua ferma credenza che (sempre ove si trattasse di pecunia dotale diminuita) sembri crescere. Cf. *l. 4, § 5, de peculio.* Vedremo che Paolo stesso, immediatamente dopo, chiama ingiusta « iniqua » l'idea della assoluta reintegrazione. La opposizione vera seguita Paolo a farla alla sentenza di Scevola, attaccandola, come spesso fanno i giureconsulti nostri, col mostrarne le assurde conseguenze. Se il fondo finì d' esser dotale allorchè spese vi sian state fatte per il suo intero valore, dunque potè essere dal marito alienato mentre la l. Giulia non riguarda che fondi dotali. Or se la donna venga ad offrire, in che modo potrà tornare il fondo stesso ad esser dotale, come pur dovrebbe se si seguisse l'idea della reintegrazione assoluta? Ovvero diremo forse, che piuttosto nella dote cominci a stare soltanto quel danaro che dà la donna, lo che però sarebbe quanto annullare la facoltà concessale di rimborsare entro lo spazio d'un anno? « Cujus rei

(della reintegrazione ultimamente mentovata da Paolo) manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scaevolae nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari; rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? » Conchiude Paolo riprovando la sola opinione di Scevola. Ritiene, che o arrivi o non arrivi l'importo delle spese all'intero valore del fondo dotale, questo propriamente non cessa mai d'esser tale, ma solo cessa d'esserlo nel senso improprio come avea detto in principio, rispetto cioè allo *jus retent.* che ha il marito finchè non sia dalla moglie soddisfatto. Onde segue, che se la moglie paghi, questa impropria perdita del carattere dotale nel fondo non ha più luogo, ossia torna nello stesso improprio senso il fondo nella causa dotale. Ma appunto perchè, propriamente parlando era stato sempre dotale, anche avanti al pagamento della donna non potè essere in forza della l. Giulia alienato « et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur. » [1]

---

[1] CUJACIO *III, 670, VII, 1416.* scorge la mano di Triboniano in quest'ultimo inciso; come anche nell'altro antecedente « nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit » non sapendo rendersi ragione, come Scevola, semplice giureconsulto, si ponesse a prescrivere termini fatali. Quanto all'ultimo inciso spero di aver provato essere in piena armonia colla sentenza e il modo di parlare di Paolo. Quanto all'altro è mia congettura, che la mano di Triboniano v'abbia non aggiunto ma anzi tolto per ossequio a certe sue vedute costantemente osservate nella formazione del Digesto. Scevola nel proporre quella sua opinione sentiva come fosse azzardata, e aggiungeva una limitazione pel caso in cui il fondo dotale non fosse stato mancipato o ceduto *in jure* al marito in causa di dote, ma solo consegnato. Nel qual caso i mariti per diventar padroni *ex jure quiritium* doveano usucapire con due anni, *Gaj. II, 63.* Pertanto posto che dentro il primo anno dalla tradizione quel marito avesse speso « per partes » fino all'intero ammontare del valore del fondo, Scevola voleva salvi i diritti della donna se entro l'anno che restava all'usucapione offrisse l'importare delle spese; prima cioè che finisse pienamente il tempo che pel marito, cui non era stata fatta mancipazione o cessione *in jure*, era sempre tempo di dominio non fermo e da giudicarsi alla buona. Pertanto io credo, che Scevola scrivesse e che Paolo riportasse « nisi marito, qui fundum traditum accepisset, et forte intra primum usucapiendi annum ita ut diximus impen-

§ 399.

Veniamo alla *l. 5, pr. de impens. in res dot. fact.* Nel primo periodo Ulp. comincia a stabilire, che la massima « necessarias impensas dotem minuere » non si ha da intendere nel senso, che coll'atto dello spendere sia propriamente diminuita la cosa sulla quale si spende, e che perciò cessi proporzionalmente d'esser dotale, essendo assurdo, l'abbiam detto ripetutamente, che una cosa si diminuisca propriamente per esservi stato speso del danaro. In somma Ulp. ripete ciò che dice esso stesso nella *l. 1, § 4, de dote praeleg.*, che le spese necessarie non diminuiscono le cose dotali su cui son fatte, ma che possono soltanto diminuire l'*universitas*, la *dos*. « Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. » Però soggiunge, che, se fu speso in un fondo dotale, può in qualche senso dirsi, che esso fondo cessa d'esser dotale, in proporzione delle spese (anche interamente se l'importar delle spese arrivi a tutto il valore del fondo stesso, come nel *vers. Sed si, leg. 56. § 3 de jur dot.*): in quanto cioè il marito ha lo *jus retent.* sulle cose dotali, esso fondo compreso, finchè la moglie non lo soddisfaccia con altro suo danaro « ceterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel

disset, mulier sponte intra alium annum impensas obtulerit. » Triboniano, che eliminò dalle Pandette ogni parola relativa alle differenze fra la *mancipatio* o in *jure cessio* e la *traditio*, nonchè fra l'*in bonis* e il dominio *ex jure quiritium*, tolse le parole relative. — Del resto Cujacio crede, che con quelle due supposte aggiunte Triboniano mostri il suo gradimento verso la opinione di Scevola, che esso volesse così confortare con ripetuti ammenicoli. Condotta mi parrebbe tanto strana da non potersi credere. Se la opinione di Scevola piaciuta fosse a Triboniano, avrebbe riportato a dirittura nel Digesto il testo di questo giureconsulto, e non la confutazione di Paolo guastata ora con una interruzione, ora con una conchiusione, pienamente disarmonizzanti colla medesima.

partem ejus; manebit igitur maritus in rerum detentionem, donec ei satisfiat. »[1] In fine del periodo Ulp. osserva che questa sua ultima asserzione non è in contradizione colle cose dette prima: giacchè anche nell' enunciata impropria diminuzione dell' esser dotale nel corpo riparato, esso corpo vien trattato non distintamente dalle altre cose dotali e sotto la speciale ispezione d'essere quello ove fu speso, ma indifferentemente colle altre cose e solo come facente parte integrante della dote. Onde alla fine la impropria diminuzione è sempre della *dos*, della *universitas* « non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. » — Passiamo al secondo periodo del frammento. Fatte spese necessarie in fondo dotale, Ulp. nel primo periodo avea segnalato un' applicazione impropria della massima che le spese necessarie diminuiscono la università della dote. Esposta questa, con ordine simile a quello di Paolo *d. l. 56, § 3 dc. jur dot.* passa a definire quando, fatte spese necessarie in fondo dotale, quella massima avesse la sua propria e vera applicazione. Se si trattasse d'altre *universitates* e non di *dos*, la risposta sarebbe semplice e generale: chi fa le spese può secondo i principî di giusta amministrazione diminuir veramente l'*universitas*, a cui spetta il fondo da ripararsi; o valendosi degli altri suoi capitali nell'atto stesso dello spendere, o, se allora spese con altro suo danaro, rimborsandosi quindi su qualche capitale dell'*universitas* stessa. Ma, attesa la l. Giulia, non si poteva parlare così ricisamente nella *dos*. In piena armonia colla nostra esposizione Ulp. limita la vera diminùzione della *dos* al caso che, oltre il fondo riparato, siano in dote capitali non cadenti sotto le sanzioni della l. Giulia, e segnatamente danaro, sia che fossero state date in dote

---

[1] Ne' Basilici si trova marcata l' improprietà del significato, in cui Ulp. dice che il fondo cessa in tutto o in parte d'essere dotale, col venire in questo inciso innestato il pensiero, che il fondo stesso collo spendervi necessariamente resta veramente e solamente conservato e perciò immutato « *ἀλλὰ σώζεται μὲν ὁ ἀγρός, παύεται δὲ εἶναι προικιμαῖος τοῖς περὶ αὐτὸν γενομένοις δαπανήμασιν, ἢ ὁλόκληρος, ἢ ἐκ μέρους* » ***Basil. XXVIII. 10, 5, Schol. 1, Heimb. III, p. 297.***

delle *quantitates*, sia che (torna allo stesso) fondi *aestimati*. Facendo in tale caso una compensazione, che ottimamente s'intende fra il danaro che è al marito dovuto per le spese, e quello che esso dovrebbe restituire come dotale, disciolto il matrimonio « Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia : nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. »

§ 400.

Dopo avere esaminato l'estensione delle ritenzioni che competono al marito per le spese necessarie erogate nella dote, rispondiamo alla domanda: Se il marito, che coll'altro suo patrimonio fece delle spese necessarie, restituisca la dote intera senza valersi di *jus retent.*, potrà *condicere indebiti?* Distinguiamo. Quando nella dote esistano cose non sottoposte alla l. Giulia, e segnatamente danaro, certo che lo potrà. Siamo manifestamente in caso, ove la ritenzione poteva adoperarsi a tutela d'un dritto avente per oggetto la cosa stessa da ritenersi, in caso, ove la cosa da ritenersi era in vera parte fuori del debito; quindi allorchè fu data intiera, si pagò più del debito. Credo, che su ciò fossero pacifici i giureconsulti. Dopo che Nerva avea pronunciato la verità, che, se danaro si trovi in dote questo è *ipso jure* diminuito per le spese necessarie *l. 56, § 3, vers. Si pecunia, de jur. dot.*, dopo che gli altri giureconsulti vi ravvisarono un caso di giusta compensazione, *l. 5, pr. vers. num. in pecunia, de impens. in res dot.*; non v'era ragion di dubitare nel dare la *cond. indeb.*, come si dà regolarmente per omessa compensazione *l. 10, § 1, de compens.* — La disputa di cui si fa parola nella *d. l. 5, § 2, de imp. in res dot.* credo che nascesse per l'ipotesi in cui non si trovassero in dote capitali esenti dalla l. Giulia. Secondo i principî esposti, conveniva negare la *cond. indeb.* Imperocchè lo *jus retent.*, che in questo caso per dritto delle pandette compete, è rivolto ad ottener danaro dalla donna; il dritto tute-

lato dalla ritenzione non ha per obietto in alcun vero modo la dote stessa ritenuta: questa resta in verità interamente e pienamente dovuta alla donna. Se non che i nostri giureconsulti anche qui si adoperarono per estendere la favorita *cond. indeb.* Vedemmo gli sforzi di Scevola, che anche nella ipotesi di cui trattiamo ammise talvolta diminuzione della dote, e conseguentemente la *cond. indeb.* per omessa ritenzione; sforzi non ben riesciti, come del pari vedemmo interpretando la *l. 56, § 3, de jur dot.* Marcello fece un altro tentamento che meglio riescì. Lasciando intatta la regola, che nella detta ipotesi mai può dirsi veramente diminuita la dote, prese la cosa dal lato dell'equità. Qui, pensava Marcello, ha speso necessariamente il marito, il quale come padrone della dote è il solo che avesse il dritto, ed, in vista dell'obbligo di futura restituzione, anche il dovere stretto di far quelle spese. Conviene dunque badare sommamente, che esso non ne provi danno e la donna non arricchisca ingiustamente, per aver egli fatto ciò che solo poteva e doveva fare. Infatti il marito suol essere pienamente garantito con una specie di compensazione nell'altra ipotesi molto ordinaria che danaro fosse stato dato in dote: giacchè anche un errore di pagamento intiero vi è corretto colla *cond. indeb.* Ora è ben duro, che per la semplice accidentalità del non trovarsi invece danaro nella dote, quel marito riesca men garantito, e l'errore dell'omessa ritenzione non abbia riparo. Così Ulp. *d. l. 5, § 2.* « Si dos tota soluta sit, non habita ratione impensarum: videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. Et Marcellus admittit, condictioni esse locum. » La maggior parte de' giureconsulti non fu di tale opinione di Marcello (come Paolo non fu dell'opinione di Scevola), perchè realmente contraria alla regola. Ma il mite Ulp., tratto dall'equità della cosa venne in quella stessa opinione « sed etsi plerique negent, tamen, propter aequitatem, Marcelli sententia admittenda est. » Ecco un caso del tutto anomalo e come tale espressamente trattato nella *d. l. § 5, § 2*, ove si da la *cond. indeb.* per omissione d'uno *jus retent.* che non difende un dritto avente in alcun vero modo per oggetto la cosa da ritenersi.

§ 401.

Fin qui delle spese necessarie fatte sopra una cosa spettante ad un'*universitas* da restituirsi. Ora vediamo delle utili. Se chi deve fare straordinarie spese necessarie è pienamente autorizzato dalle regole di giusta amministrazione a prenderne l'importo da altri capitali della *universitas*; neppure è fuori di tali regole il valersi degli altri capitali d'una *universitas*, e diminuirli, per migliorarne uno. Senza che per questo possa dirsi che l'*universitas* è diminuita, siccome lo è nel caso delle spese necessarie; giacchè il corpo sul quale si fanno le spese utili cresce, e, secondo le viste di miglioramento le quali suggeriscono spese di tal natura, cresce anche al di là di quel che soffrono gli altri capitali. È l'*universitas* di 1000: sopra un fondo che val 100 spendo utilmente 50 a carico del resto dell'*universitas*; il resto non è più di 900 come prima, ma di 850, è diminuito; ma quel fondo comincierà a valere 150 e ancor più. Di modo che l'*universitas* verrà ad avere tuttora i 1000, e più ancora. « Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit remque meliorem uxoris fecerit, nempe dotem » *l.* 5, *§* 3, *de impens. in res dot.* Ecco perchè Ulp. *l.* 7, *§* 1, *eod.* pronuncia « utiles non quidem minuunt ipso jure dotem. » Concorda Marciano *l.* 5. *de dot. praeleg.* — Ma poichè è pur vero, che si può dagli altri capitali dell'*universitas* prendere l'importo delle utili spese, vediamo quali dritti ne derivano a chi faccia spese utili in cosa appartenente ad *universitas* ch'ei deve poscia restituire. Appunto perchè il patrimonio è affetto anche dall'onere di tali spese, egli potrà nell'atto stesso dello spendere impiegarvi prudentemente gli altri capitali del medesimo; o, fatte le spese con altro suo danaro, potrà in seguito rimborsarsi a carico dei medesimi, compresa a cosa sulla quale spese, specialmente all'epoca della restituzione esercitando uno *jus retent.* finchè non deduca lo speso. Inoltre egli potrà esercitare lo *jus retent.* in altra guisa; cioè ritenendo e gli altri capitali e quello stesso su cui spese, finchè colui al quale è da fare la restituzione, non lo paghi con

altro danaro proprio. — Dalle cose dette apparisce, che se egli restituisce senza aver ragione delle spese, avrà la *cond. indeb.*, perchè ha dato tutta l'*universitas* mentre avea dritto a darla minore, ha pagato più del debito.

§ 402.

Però sono anche qui diverse le definizioni sulle doti. Ognun conosce come temperato sia il dritto romano nello accordar rimborsi per spese meramente utili; specialmente per la considerazione, che ciò, che può dirsi utile in genere, sovente non lo sarebbe ed anzi sarebbe dannoso riguardo ad una data persona, se venisse gravata d'esatto dovere di rimborso. Cf. *l. 38*, *vers. Finge pauperem, et seq.*, *de R. V.* Questa considerazione valeva sommamente per le donne, alle quali, sciolto il matrimonio, si han da restituire le loro doti. Poichè essendo queste il loro patrimonio *(l. 3*, *§ 5*, *de minor.*, *l. 16*, *de relig.)*, costituendo spessissimo tutto il loro avere, ed interessando alla repubblica che le doti delle donne sian salve, onde in tutto il dritto sono le doti trattate con singolarissimi riguardi; non conveniva lasciare alla estimazione dei mariti la utilità dello spendere a carico dei capitali dotali. Con che la donna sarebbe facilmente ridotta a perdere cespiti aventi per essa un valore speciale, anzi spesso a perdere la stessa cosa migliorata per difetto di altre risorse con cui venisse soddisfatto il marito. Allegata precisamente questa ragione, la giurisprudenza stabilì sapientemente di togliere al marito la facoltà, che come proprietario avrebbe avuta, di apprezzare la utilità delle spese, e la potestà relativa di gravarne l'*universitas* della dote. Stabilì, che dovesse la cosa dipendere dallo apprezzamento della donna e dalla sua volontà *l. 8*, *de impens. in res dot*,, *l. 79*, *§ 1*, *de V. S.*, e *l. 1. § 5*, *C. de rei uxor. act.* dove Giustiniano aggiunge anche la volontà presunta.

§ 403.

Pertanto convien stabilire in primo luogo, che il marito niun dritto ha sulla dote o verso la moglie per spese di mera utilità, se non fatte col consenso di questa. Che se le fece con tal consenso, convien distinguere di nuovo. Se esistano in dote capitali non sottoposti alla l. Giulia, principalmente danaro, potrà il marito far le spese con questi. Ovvero fattele con altro suo danaro, potrà sui medesimi rimborsarsi in seguito, massime all'epoca della restituzione competendogli prima di Giustiniano un dritto di ritenere la dote finchè esso si rimborsasse per via d'una specie di compensazione. Od anche, sempre prima di Giustiniano, poteva esercitare la ritenzione della dote allo scopo che la donna lo pagasse con altro suo danaro. Giustiniano abolì ambedue queste foggie di *jus retent.* per le spese utili. Poichè non conservò che quella ritenzione, in cui si trovasse applicazione della massima che colle spese la dote è diminuita *ipso jure*, ma tale applicazione non poteva aver luogo che in spese necessarie: *l. 1, § 5, C. de rei uxor. act.*, *§ 37, I. de act.*, sop. § 396. Giudicò del resto provveduto pienamente coll'azione *mandati* o *negotiorum gestorum.* [1] Se poi in dote esistano fondi soltanto, allora (ben inteso, se non vi sia altro special consenso della moglie per la relativa alienazione, cessando allora la l. Giulia) il marito non ha dritto di valersene in principio per ritrarne l'importo della spesa nè in seguito per rimborsarsi: solo per equità e convenienza aveva uno *jus retentionis* finchè la donna non lo pagasse; e questo prima che Giustiniano lo abolisse e sostituisse gli altri rimedi *d. l. 1, § 1, C. de rei ux. act.* Pertanto nel dritto delle pandette, fatte dal marito spese utili col consenso della moglie, le facoltà di esso marito non si limitano in modo as-

[1] Ritengo però col Voet *ad tit. de imp. in res dot. num. 3*, che sul danaro, che sia in dote, possa tuttora farsi dal marito una compensazione, purchè non impiegando la ritenzione della dote all'epoca della restituzione allo scopo di fare questa operazione.

soluto e generale allo *jus retent.* competente per mera equità; ma sono pari a quelle che provengono dalle fatte spese necessarie: solo che mai può dirsi diminuita la *dos*, anche allorquando le spese sian prese su' certi capitali dotali ed allora siano questi stessi capitali diminuiti, secondo i computi esposti al § 401. Ed ecco come nelle pandette troviamo espresso, competere al marito per le spese utili il dritto di esigere *l. 7, § 1, de imp. in res dot. fact.*, e il dritto di dedurre *l. 8, eod.*; e vediamo paragonato il dritto del marito per spese meramente utili a quello per spese necessarie *l. 18, pr. de fundo dot.* — Conseguenze per la nostra presente indagine sono, che, nell'ipotesi di danaro esistente in dote, se il marito renda la dote senza tener conto delle spese utili regolarmente fatte, avrà la *cond. indeb.*; mentre non dedusse un debito che gravava la dote, e per cui avrebbe potuto diminuire i capitali dotali. Nell'ipotesi poi di danaro non esistente nella dote, non avrà quella *condictio*. Senza che questa regolare definizione soffra modificazioni dall'equità di Marcello; mancandone la ragione principale, che era nelle spese necessarie lo essere il marito quello, che solo, come proprietario tenuto a restituzione, si trovava in dovere di farle. Nelle spese meramente utili tal vero obbligo non si concepisce: tanto più che neppure può farle da per se, ma ha bisogno del consenso della moglie. È per questo che Ulpiano dell'equa sentenza di Marcello parla esclusivamente quanto alle spese necessarie: e solo dopo esposta quella sentenza nella *l. 5, § 2*, comincia nel § seg. il trattato delle utili. [1]

---

[1] Alle conchiusioni fatte sulle spese utili in vista del dritto classico fa un apparente ostacolo la *l. 5, de dot. praeleg.* Tratta Marciano di un marito che faccia prelegato della dote alla moglie. Comincia dal dire, che l'erede non potrà usar ritenzioni *ob res donatas*; chiara la ragione, perchè ove non esista revoca, le donazioni *inter virum et uxorem* sono pel senatusconsulto confermate colla morte. Seguita quindi a rispondere, che l'erede neppure può far ritenzioni « ob impensas alias, quam quae ipso jure dotem minuunt: aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est. » Parrebbe a prima vista, che

§ 404.

Per compire questa esposizione sulle spese conviene che parliamo del caso in cui spenda il proprietario attuale di una cosa che egli deve restituire, quando tal cosa sia isolata,

---

secondo Marciano, ad eccezione delle spese necessarie che « ipso jure dotem minuunt, » per le altre non ci sia che uno *jus retent.* per equità; quello cioè, che si dà a tutela d'un dritto avente obietto diverso dalla cosa ritenuta, e onde nella cosa medesima si forma solo una specie di pegno (§ 387). Ma sarebbe erronea deduzione. Fatto legato della dote « dotem do lego » alla moglie, convien dire secondo ragione che l'erede ha dritto di dedurre le spese necessarie fatte dal marito nonchè le utili fatte dal medesimo col consenso della moglie, allorchè in dote esistano capitali esenti dalla l. Giulia; perchè allora la dote è affetta dall'onere del rimborso, v'è una specie di debito dotale. Come avviene, che i debiti inerenti ad una *universitas* legata vadano a scapito del legato stesso, cf. *l. 6, § 1, de pec. leg.* Che se in dote non esistano capitali esenti dalla l. Giulia; allora sarà dovuta la dote intera senza ritenzione di sorta, appunto perchè non trattasi di onere gravante di sua natura la dote stessa; la dote è tenuta di una specie di pegno, l'erede deve prestarla scevra del medesimo *§ 5, I. de legat.* Quello che nel discorso di Marciano v'è di costantemente e pienamente definito, è nella conchiusione a cui mirava il giureconsulto, nella negazione cioè della ritenzione della dote all'erede quando per le spese non competesse che questo *jus retent.* simile a pegno; lo che è sempre vero. Ma non perchè nelle parole anteriori ammetta la ritenzione per le spese che diminuiscono *ipso jure* la dote, si deve credere, che esso conceda tanto a queste sole. Come dal vedere, che Marciano vi dice essere per le spese necessarie diminuita *ipso jure* la dote, non si deve ritenere che dunque sempre le necessarie spese fatte sulla dote siano tali, e per tutte competa all'erede il dritto di ritenzione contro la legataria moglie del defunto; che sarebbe falso quando in dote non ci siano che fondi. Nel parlare di spese che diminuiscono *ipso jure* la' dote era solo intendimento di Marciano di offrire l'esempio più saliente e per così dire il tipo delle spese che gravano direttamente la dote; ciò che è appunto delle spese necessarie quando in dote vi sia danaro, sulle quali necessarie spese valeva quel celebre detto « ipso jure dotem minuunt. » Non esclude da pari diritto le altre spese che, quantunque non diminuiscano veramente l'*universitas* della dote, diminuiscono però que' capitali dotali dai quali possono esser dedotte; quali sono le spese utili fatte col consenso della moglie quando in dote esiste danaro. Appunto perchè queste sono un debito dotale, nè solo ne deriva

ossia non spettante ad una *universitas* da essere restituita. Abbiamo dei testi che si riferiscono al fidecommesso speciale. Poni, che l' erede spenda necessariamente o utilmente

---

un pegno gravante sulla dote — Non lascierò questa *l. 5, de dot. praeleg* senza occuparmi della *l. 41, § 1, de l. 2.*, che è in istretto rapporto con essa. Vi è trattato il caso d'un legato di dote fatto alla moglie dell'erede in questo modo « Quicquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Sejus heres meus Titiae det. » Giavoleno propone la questione, se avranno luogo le deduzioni delle spese che si farebbero nel giudizio *rei uxoriae*. Nella risposta il giureconsulto dice, che altro è il dritto nel proposto caso ove non il marito ma un estraneo è il testatore, altro se fosse il marito stesso. E nella fiorentina si legge così « Non dubito, quin uxori suae quod ita legatum est, *a te heres peto, quicquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares*, tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri, qui dotem uxori relegavit: haec enim taxationis loco habenda est, *quidquid ad te pervenit;* illic autem, ubi vir uxori relegat, id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecutura fuerit. » Sendochè nell'ultimo inciso Giavoleno si esprime, che, se fosse il marito il quale avesse a quel modo legato alla propria moglie, s'intenderebbe averle legato ciò che essa avrebbe conseguito nel giudizio della dote, vale a dire fatta deduzione delle spese necessarie ed utili; sendochè nel superiore *vers. Non dubito* è affermato nel caso medesimo che tutta la dote sarebbe dovuta alla donna senza deduzione delle spese: gli scrittori, osservando la manifesta contradizione, correggono secondo le loro personali vedute, chi quell'ultimo inciso, chi questo *vers. Non dubito*. CUJACIO, il quale crede, che nel caso del marito testatore si farebbe la deduzione delle sole spese necessarie e non delle utili, nel caso poi del testatore estraneo si farebbe deduzione delle une e delle altre *(ed. nap. VII, 1414)*, giudica, seguendo il dotto Goveano, che nell'ultimo inciso si debbano togliere le parole « ubi vir uxori relegat » *(d. vol. VII, 1413, D., 1415 A)*. MOMMSEN per converso nella sua ultima edizione delle pandette supponendo evidentemente, che nel caso del testatore estraneo non si possano fare deduzioni ma si possano nell'altro del testatore marito, cangia il vers. *Non dubito* ed il seguente *Non autem*, e legge così « Non dubito, quin uxori *ejus, a quo* ita legatum est... tota dos sine ratione deductionis ipsarum impensarum debeatur. Non autem idem jus, *quod* servari debet ex testamento extranei, servatur in testamento viri etc. » Tanto poi Cujacio *(VII, 1414, C)*, quanto Mommsen mutano le altre parole « haec enim taxationis loco habenda est » per leggere « *hic* enim taxationis loco habendi (o *habendum*) est. » Con questo però, che Cujacio riferisce quell'*hic* al caso del testatore marito, Mommsen invece al caso del testatore estraneo. Se-

Certo è equo che il fidecommissario goda dello speso solo se rimborsi in qualche modo il fiduciario. Ma come soddisfare a tale equità? La cosa sulla quale fu speso, anche

---

condo le mie vedute non crederei mai con Mommsen, che, fatto legato « quicquid ad Sejum heredem dotis nomine pervenit, » la differenza fra il caso di testatore estraneo e di testatore marito consista in ciò, che in quello non si possano far deduzioni, si possano in questo. Sembrandomi ingiusto e contrario allo spirito delle leggi romane, che più sia contenuto in un legato fatto da un estraneo che in uno fatto dal marito. Come non accetterei mai le sue troppe benchè ingegnose correzioni ne' periodi *Non dubito* e *Non autem;* nè il riferire che ei fa quel supposto *hic* ad un caso che non è quello trattato immediatamente avanti a tal supposta parola. D'altra parte neppure converrei con Cujacio nel giudicare, che nel caso del testatore marito si neghi la deduzione delle sole spese utili e non delle necessarie. Osta la generale locuzione del giureconsulto, che e nella domanda e nella risposta parla d'*impensae* indistintamente: osta l'osservazione del medesimo, che in tal caso si debba riconoscere una *taxatio* secondo ciò che esporremo in seguito. Neppure credo necessaria con Goveano e Cujacio la violenta espulsione di tutte quelle quattro parole nell'ultimo inciso « ubi vir uxori relegat. » Mia opinione è, che il giureconsulto vada inteso nel modo seguente. È noto che s'abbia a dire quando la *dos* è contenuta nel prelegato. Dalla *l. 5, de dot. praeleg.* vedemmo, che deduzioni si fanno solo di quelle spese che veramente sono a carico dell'*universitas* della dote, e non di quelle che nol sono, secondo le distinzioni sopra da noi enunciate. Se però il testatore abbandonò la semplice locuzione « dotem do lego » e scelse l'altra « quicquid ad Sejum heredem dotis nomine pervenit, » si deve dare alla diversità della scelta espressione il suo effetto: ed infatti la decisione non è mai eguale a quella del caso della *dos* legata, nè se è un estraneo il testatore, nè se è il marito. Nel caso d'un estraneo testatore, il *pervenit* con cui è concepito il legato si prende nella sua propria accezione, qual'è che *pervenit* non solo materialmente ma con effetto di utilità, di lucro, di locupletazione, *l. 26, de dolo malo, l, 20, § 18, de H. P., l. 2, § 3, de her. vel act. vend., l. 164, § 2., l. 165, de V. S.* Perranto se furono fatte spese necessarie o utili nella dote, e lo spendente le fece con proprio danaro nè si rimborsò perchè o non volle o non potè secondo l'esposte distinzioni; non si può dire che tutta la dote *pervenit,* appunto perchè per l'importo delle spese il patrimonio dello spendente si trova in disborso. *Pervenit* si potrà dire universalmente della dote solo allora quando sarà questo patrimonio soddisfatto dello speso, usate nel tempo della restituzion della dote le ritenzioni ne' vari modi che alle circostanze convengono: ossia il contenuto del legato è ciò che la donna potrebbe conseguire nel giudizio *rei uxoriae.* L'utilità del legato si restringerà ad una

se necessariamente, non è per questo diminuita o in corpo o in valore, nè per questo capo cessa di essere interamente dovuta al fidecommissario; lo che sempre vedemmo verifi-

---

repraesentatio. Diversamente se il testatore fu il marito. Il dritto nostro è sempre e con tutta ragione inclinato a slargare l'interpretazione dei legati conferiti a congiunte persone e nominatamente alla moglie (cf. *l. 10, C. de legat.*). Quindi se il marito testatore scelse l' « id quod pervenit » anzi che dire « dos, » s'interpreta per più ampio legato. Vale a dire il *pervenit* si prende non tecnicamente ma in letterale men proprio significato, per ciò che della dote materialmente giunse in eredità. Ora è certo, che seppure si tratti di spese fatte dal marito in tali circostanze che avrebbe potuto prenderne l'importo sui capitali dotali, se però di fatto non lo prese, le cose rimasero intieramente in causa dotale, precisamente come vedemmo nel peculio finchè il padrone non ne toglie di fatto quel che gli è dovuto: *l. 1, § 2, de tribut.*, *l. 4, § 5, de pecul.* (§ 391, n. 1). Il legato dunque si intende fatto delle intiere cose dotali quali giunsero nell'eredità. Perciò come, fatto legato non del peculio ma delle cose peculiari, non si fa deduzione alcuna del debito verso il padrone *l. 10, de pec. leg.*, così in virtù del legato di cui parliamo niuna deduzione si potrà fare in vista delle spese. Insomma col *quicquid pervenit* nell'ipotesi del marito testatore s'intende che venga *tassato*, ossia espresso nel legato il determinato valore (cf. *Gaj. IV, 51, 52*), che esso marito avea ricevuto nella dote; nel qual caso non si farebbe deduzione per spese *l. 2, pr. vers. Quod si necessariae de dot. praeleg.* Quanto alle parole del nostro testo credo che altro errore non vi si trovi, che una posposizione delle dette quattro parole « ubi vir uxori relegat, » le quali van poste avanti alle due « illic autem » che per errore si trovano precedere. Leggerissima e ben facile modificazione che talvolta si trova necessaria ne' frammenti; e che risparmia anche la necessità di cangiare il precedente *haec* in *hic*, da cui pure vedemmo astretti e Cujacio e Mommsen, mentre anzi tal cangiamento risulterebbe del tutto inconveniente. Pertanto leggiamo così l'ultimo periodo « Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri qui dotem uxori relegavit: haec enim taxationis loco habenda est quidquid ad te pervenit, ubi vir uxori relegat; illic autem id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecutura fuerit. » Ossia: Non si deve osservare l'istesso diritto nel testamento d'un estraneo nella fattispecie quale si osserverebbe nel testamento del marito che leghi in simil modo alla moglie la dote; poichè la dote si ha come tassata in tutto il valore in cui fu assegnata, colle parole *quidquid ad te pervenit* allorchè è il marito che lega alla moglie; ma nella predetta ipotesi del testamento d'un estraneo si deve intendere legato a questo modo solo ciò che la moglie conseguirebbe nel giudizio della dote.

carsi nelle cose stesse su cui si spende. Appartiene, è vero, quella cosa ad una *universitas*, all' eredità del defunto. Ma non da ciò potrà il fiduciario che spese trarre alcun rimborso. Giacchè seppure prenda fin da principio l' importo delle spese dagli altri capitali ereditarii, non si troverà in tal guisa rilevato dal peso delle medesime; mentre esso non deve restituire che la cosa su cui spese, l' *universitas* è, e sarà sempre sua; toglier da questa non gli reca vantaggio alcuno. E per la stessa ragione dello essere la *hereditas* sua, per sempre ed in tutti i sensi sua, non si può in alcun modo concepire, che nel caso, ch' ei faccia le spese con altri suoi beni, l' *hereditas* gli sia debitrice, e ch' esso si rinfranchi in avvenire su qualunque cosa spettante alla medesima come tale; assurdo essendo che pagamento si ottenga da proprio patrimonio. Non avrà dunque il dritto di soddisfarsi neppure sulla cosa stessa in cui spese, benchè questa debba esser da lui restituita; perchè sulla cosa in cui spese niuno può pagarsi se non in quanto essa è appartenente, e come ogni altra cosa appartenente, ad una *universitas* debitrice (§ 395 e segg.), concetto falso nel caso. Pertanto all' erede non rimane che il solito rimedio dell' equità e della convenienza; cioè il dritto di ritenere la cosa su cui spese, non come affetta essa stessa dall' onere del rimborso e come materia del medesimo, ma come pegno finchè il fidecommissario non lo soddisfaccia con altro suo danaro.

§ 405.

Cosa avverrà se l' erede restituisca senza ritenere? avrà egli o non avrà la *cond. indeb.?* Secondo le nostre regole generali converrebbe negare, perchè non si tratta d' uno *jus retent.* che tuteli un dritto avente per oggetto la cosa stessa da ritenersi. È ciò tengo per fermo doversi ritenere per le spese utili. Ma quanto alle necessarie tornava ciò che tanto mosse Marcello ed Ulpiano sulle spese necessarie fatte nelle doti quando non generano che uno *jus retent.* simile al presente, per darvi con un'anomala risoluzione la *cond. indeb.* in caso di restituzione fatta senza ritenzione *l. 5, § 2, de im-*

pens. in res dot. (§ 400). Tornava, che l'erede come proprietario aveva esso solo il dritto ed, in vista della restituzione futura, il dovere di far le spese necessarie. Un primo sentore d'una simile risoluzione anomala, dettata anche qui dalla somma equità, si trova nella *l. 5, § 1, de censibus.* Era un erede gravato del fidecommesso d'alcuni predi: prima della restituzione gli fu mestieri, come proprietario, pagare il *tributum* gravante essi predi. In quanto il *tributum* riferivasi al tempo in che era vissuto il testatore, l'erede non aveva diritto a rimborso alcuno, perchè in quell'epoca i fondi erano stati goduti dal suo autore ed i loro frutti erano andati a vantaggio del patrimonio che oggi costituisce l'eredità.[1] Così anche credo che rimborso non fosse dovuto all'erede pel *tributum* relativo al tempo posteriore alla morte dell'autore se esso erede percepì i frutti e non venne costituito in mora sicchè non sia tenuto a restituirli al fidecommissario.[2] Ma

---

[1] *L. 39, § 5, de l. 1.* Quel « vectigal *praeteritum,* vel tributum » significa Riguardante il tempo in cui possedette l'autore. Cf. *l. 7, pr. de publicanis.*

[2] Paolo *III, 8, 4,* Gaj. *II, 280.* — Poichè le pubbliche imposizioni sui fondi furono riguardate come un *onus fructuum l. 13, de impens. in res dot.* In analogia a tale idea l'imposta pagata sull'*ager occupatorius* era formata dalla decima delle biade e dalla quinta parte degli altri frutti (APPIAN. *de bell. civ. I, 7).* E quando nell'a. 771 i Triumviri rinnuovarono in Italia il *tributum,* che dopo la conquista della Macedonia v'era stato tolto (MARQUARDT *Rom. Staatsverwalt. II, pag. 172,* ravvisa nell'opera dei Triumviri solo la imposizione d'un *temerarium tributum);* fu stabilito in più regioni che si dovesse pagare sul ricolto; onde il nome di *regio annonaria* (TREBELL. POLLIO *Trig. Tyrann. 21).* Nelle provincie poi i predi spesso rispondevano le loro imposizioni nella quinta o settima parte del frutto (HYGIN. *de limit. constit. p. 198).* Del resto quel ch'io dissi sul non doversi all'erede rimborso in ragione del tempo che esso fruì senza esser tenuto a relativa restituzione, per la ragione appunto che ei fruì, ha conferma dalle costituzioni del dritto nostro sull'usufruttuario, *l. 7, § 2 l. 27, § 3, l. 52, de usufr., l. 28, de usu et usufr. leg.,* e dall'esempio anche più vicino del marito riguardo al fondo dotale, *l. 13, de imp. in res dot.* — Però aggiungo l'avvertenza, che se l'erede non abbia pagato i *tributa,* il fidecommissario dopo preso il fondo può essere compulso dal fisco per gli arretrati relativi all'epoca della vita del testatore e del godiment. dell'erede *l. 5, § 2, de censib.*

se non percepì frutti, o per la costituzione in mora è tenuto a renderli, è ben giusto che il fidecommissario lo rimborsi. Per questo egli ha uno *jus retent.*, non già allo scopo di prendersi una parte de' fondi (per ragioni simili alle esposte nel paragr. preced.), ma come pegno finchè il fidecommissario non lo soddisfaccia con suo danaro. Ond'è, che stando alle regole, se restituisca senza ritenere non avrebbe *condictio indeb.* E tale fu realmente il dritto fino al D. Pio. In quest'epoca, che fu pur quella in cui cominciò a fiorire Marcello, quel mite imperatore rescrisse che *cond. indeb.* avesse a darsi; come riferisce Papiniano nella nostra *l. 5, § 1, de censib.* Certamente per ragioni omogenee a quelle che mossero la equità di Marcello nella *d. l. 5, § 2, de imp. in res dot.*, cioè perchè trattavasi d'un peso che l'erede aveva dovuto assolutamente sostenere.[3] — Da questo rescritto alle spese necessarie propriamente dette non v'era che un breve passo. Onde stabilire, che, fatte dall'erede spese necessarie straordinarie sulla cosa fidecommissaria per le quali è sempre in

---

[3] Da Cujacio (III, 544; IV, 1420), sull'autorità de' basilici, il testo di Papin. viene inteso della specie, che l'erede non ancora avesse pagato il *tributum*; che esso, trovandosi pel tempo del suo dominio esposto verso il fisco, avesse dritto ad una cauzione per parte del fidecommissario; e che avesse restituito omettendo di provvedersi di tal cauzione (« *μὴ ἐπεγωτήσασ περὶ τῶν δημοσίων* »). Senza trovar necessario d'imporre al testo questi dettagli, resterebbe intera la nostra dimostrazione. Si tratterebbe di cauzione, che non ha per oggetto la cosa da ritenersi o la sua futura restituzione a colui per cui va prestata; quindi la relativa omissione non darebbe regolarmente luogo alla *cond. indeb.* (§ 393), e solo lo avrebbe potuto per l'equità del D. Pio. — A proposito di cauzioni aggiungerò una congettura. Dopo essere stato stabilito in molti casi che un attual proprietario con obbligo di restituzione, il quale si trovi per necessari avvenimenti gravato di pesi onde gli compete rimborso dal proprietario futuro, ed ometta per errore la ritenzione, avesse la *cond. indeb.*; credo, che tal conchiusione venisse ammessa anche rapporto a quelle cauzioni, che in seguito d'impegni presi necessariamente il fiduciario può chiedere al fidecommissario nelle speci delle *l. 36*, e *l. 78, § 15, ad SC. Treb.*, nel caso che il fiduciario medesimo avesse omesso di valersi della ritenzione che in vista di tali cauzioni gli competeva. Benchè fossero cauzioni non aventi per obietto la cosa di ritenersi.

dritto d'essere rimborsato per mezzo di ritenzione, ed eseguita restituzione senza valersi di questo, egli, per anomalia dovuta alla ripetuta ragione di somma equità, avesse la *cond. indeb.* Questo passo lo fece Giuliano. Giuliano, che nemico di Marcello non sarebbe stato mosso dall'autorità del medesimo, e che nella specie della *d. l. 5, § 2, de imp. in res dot.* molto probabilmente fu uno di quei « plerique » che l'equità di Marcello non accettavano, secondò in quest'altro punto la strada apertagli dall'equità dell'imperatore.[4] Secondò anche la sua stessa indole qual'era di riconoscere facilmente eccezioni e limitazioni alle regole generali per quel suo bel detto « nulla lex tam late patet, ut ad omnia pertingat. » Continuando la specie de' due testi precedenti, tratta la *l. 60 de l. 1* di Giuliano il caso di un erede il quale aveva ricostruita la casa lasciata in fidecommesso. Spesa necessaria è questa: dappoichè spese necessarie non sono quelle soltanto che conservano nello stato presente un corpo esistente tuttora, ma anche quelle dirette a restituire o sostituire un corpo spento, se indispensabili assolutamente a mantenere nella sua prestabilita destinazione il predio a cui quel corpo apparteneva; mentre anche queste spese hanno carattere conservatore.[5] Or bene Giuliano risponde, che se l'erede restituisca la casa, omessa la ritenzione, gli competa la *condictio* come se avesse pagato più del debito « quasi plus debito solverit; » benchè in verità quel che pagò era tutto e pienamente dovuto.

---

[4] Giuliano fiorì sotto Adriano, Antonino Pio, M. Aurelio, e forse anche fino a Commodo, come difende EINECC. nella *Dissert. de Salv. Jul.*

[5] Onde si riguardano come necessarie le spese per la restituzione sul suo antico suolo d'un edifizio caduto, *l. 7, § 16, vers. Plane et seq., soluto matrim.* Alle istesse idee spetta anche la *l. 1, § 3, de imp. in res dot.* « aut si oliveta rejecta restauraverit. » Anzi possono talvolta esser tali anche le erogate per la sostituzione in un punto nuovo del predio, *d. l. 7, § 16*; ved. anche *l. 3, pr. de imp. in res dot.* « vel seminaria pro utilitate agri fecerit. »

§ 406.

Abbiamo veduto in quali casi l'omesso *jus retent.* faccia luogo alla *cond. indeb.;* o per fluida conseguenza del non esser dovuta veramente una parte della cosa da ritenersi (§ 389 segg.); o perchè i giureconsulti, volendo slargare i confini della *cond. indeb.* (che è applicazion della massima del non dovere alcuno arricchire con altrui danno) ora ravvisarono come non dovuta una parte della cosa stessa quando lo *jus retent.* basasse tuttora sopra un dritto veramente diretto alla medesima e l'obbligo della consegna fosse in tal modo diminuito (§ 392 segg.), ora per una speciale ragione di somma equità dettero la ripetizione a chi avea avuto lo *jus retent.* per rimborso di oneri da esso necessariamente subiti (§ 400, 405). Dobbiamo adesso rispondere all'ultima domanda: I testi, che trattano tutti questi casi, danno la *cond. indeb.* come una *cond. possessionis*, o no? Teniamo in massima, che gli autori del nostro dritto furono fedeli allo scopo or ora ricordato della *cond. indeb.*, di riparare il danno ingiusto, di togliere l'ingiusto lucro, sorti da un pagamento. Quindi obietto di chi promuove ne' detti casi la *cond. indeb.*, dev'esser di riparare quel danno, di togliere quel lucro. Ora incominciamo dai casi, in cui la *cond. indeb.* si dà per omessa cauzione (§ 393). In che consiste l'ingiusto danno, il lucro ingiusto? Nella omissione della cauzione. Ora il prestare la cauzione omessa è l'esatta riparazione di tale danno, l'ablazione puntuale di tále lucro. Quindi la prestazione della cauzione, e non la restituzione del possesso, è designata ne'frammenti i quali si occupano di descrivere l'oggetto della relativa *cond. indeb.* « Omissam cautionem posse condici incerti condictione » *l. 5, § 1, de usufr. ear. rer.* « ipsa stipulatio condici poterit » *l. 7, pr. usufr. quemad. cav.* « post soluta legata voluit stipulationem interponi » *l. 3, § 5, si cui plusquam per leg. falc.* « condictionem interponendae satisdatio-

nis gratia competere » *d. l. 3, § 10.* [1] — In che consiste il danno e il lucro ingiusto nell' altro caso d' omessa deduzione di servitù (§ 392)? Precisamente in tale omissione. Quindi oggetto della *cond. indeb.* è designato ne' frammenti non nella restituzione del possesso, ma nella costituzione della servitù « incertum condicere, ut servitus imponatur » *l. 35, de S. P. U.* « incerti condicam, ut iter mihi concedatur » *l. 22, § 1, de cond. ind.* « condictio incerti competit mihi, ut patiaris eam servitutem, quam debuit, imponi » *l. 8, pr. de act. emti.*

§ 407.

Allorquando una parte della cosa era veramente non dovuta (§ 392 segg.), come il danno e lucro ingiusto in genere non si riferiscono ad un semplice possesso ma ad una *res*, così non al solo possesso ma alla *res* troviamo in genere diretta dai relativi testi la *cond. indeb.* Nel caso del venditore dell' eredità che esercita la *cond. indeb.* perchè l' ha consegnata al compratore senza ritenere il credito che aveva contro il defunto, l' unico danno calcolabile giustamente è che non si pagò coi danari veramente appartenenti all' eredità ed invece se ne trasferì la proprietà nel compratore. Quindi richiederà in tutta la sua pienezza ciò che ha indebitamente pagato « plus debito solutum per condictionem recte recipietur » *l. 45, de cond. indeb.* [1]

---

[1] Se però prima dell' esercizio della *cond. indeb.* fosse divenuta cosa certa il doversi detrarre la falcidia; allora non competerebbe la *condictio* medesima per una cauzione ormai inetta, ma a diverso obietto che descriveremo § 409.

[1] Basterebbe l' analogia col caso suespresso per conchiudere che altrettanto è a dirsi del simile caso del fiduciario che restituì fidecommesso senza dedurre i crediti che aveva contro il defunto. Nè fanno difficoltà le parole « fideicommissi repetitio » della *l. 80, ft. ad SC. Treb.* Non si debbono intendere quasichè il fiduciario diriga la *cond. ind.* a ripigliare il possesso solo di tutta la sostanza fidecommissaria per dedurne poi da sè stesso la somma dovutagli. Ma o si debbono spiegare da ciò, che nella specie que' corpi, che dopo non modiche consumazioni « remanserant ex bonis » ed ora si trovano in possesso del fidecommissario, equivalevano

§ 408.

Quanto a colui, che ha *cond. indeb.* per avere erogato danaro in cosa che doveva restituire e per averla restituita senza ritenzione (sia regolarmente quando lo spendere diminuì il suo debito di restituzione, sia irregolarmente per quella somma ragion d'equità esposta a § 400, e 405); sempre il suo danno giustamente calcolabile, e il corrispondente altrui lucro, consistono nel non aver egli curato il proprio rimborso delle somme erogate ottenendolo dai danari dell'*universitas* in cui spese o dai danari proprii di colui a cui fece la restituzione. Quindi non ad alcun semplice possesso, ma a quelle somme medesime la *cond. indeb.* è diretta. Infatti Ulp. *l. 5, § 2, de imp. in res dot.* dice « condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. » Il Cujacio (e credo anche Bruns quanto alla *l. 40, § 1, de cond. ind.*) fu, se io non erro, tratto in inganno su questo punto dalle *l. 40, § 1, de cond. indeb.* e *l. 60, de l. 1*, che la data *cond. indeb.* chiamano *incerti*. Ma non è *cond. incerti* per essere *possessionis*, bensì per altra ragione. È da avvertire sopra una giusta limitazione del dritto di rimborso alle spese per parte di chi le fece mentre era gravato dell'obbligo di restituzione; limitazione che ho riserbato di esporre in questa opportunità. Spetta alla ipotesi, che esso spendente prima dell'epoca della restituzione non abbia preso l'importo sul resto di una *universitas*, cui appartenesse la cosa sulla quale spese e che pur essa fosse per avventura da restituirsi. Non l'abbia preso, o semplicemente perchè di fatto se ne astenne; o perchè non potè farlo, come quando in verità l'obbligo di

---

erano al disotto all'importare de' crediti mentovati. Ovvero si debbono interpretare della ripetizione non degl'interi beni posseduti dal fidecommissario, ma d'una porzione de' medesimi corrispondente ai suddetti crediti, ossia « *indebiti* fideicommissi esse repetitionem, » com'è detto nella *l. 5, § 15, de d. i. v. e. u.* per significare la ripetizione d'una parte soltanto del fidecommesso restituito (§ 409). Significano sempre persecuzione della *res* indebitamente pagata.

restituzione era di una cosa isolata, non appartenente ad un' *universitas* da restituirsi. In questo caso egli ha bensì il dritto di ritenzione all' epoca stessa della restituzione, dritto da esercitarsi or nell' uno or nell' altro de' due modi da noi sopra descritti, ma non sempre all' effetto di rimborsarsi delle spese in tutta la loro integrità. Giacchè è pur vero, che fino all' epoca della restituzione ha goduto della cosa restaurata; come anche ha goduto dell' *universitas* intera e senza diminuzione alcuna, se essa cosa apparteneva ad *universitas* da restituirsi. Per la qual cosa se egli si trovi in tal posizione giuridica da non dover restituire i frutti, dovrà aver di meno dello speso in ragione di tutto il tempo anteriore alla restituzione; giusto essendo che il consumo della cosa relativo al tempo, in che il godimento spettò ad una persona, stia a carico della medesima. Ossia, in altri termini, lo speso si stimerà non per l'intero suo primitivo ammontare ma secondo lo stato in cui pel consumo intermedio si trova il restauro all' epoca della restituzione. Tutte queste cose sono designate a mio parere da Papiniano nella *l. 58*, *de l. 1*, testo che, come abbiamo già osservato fissa la specie che è poi continuata ne' frammenti seguenti, compresa la nostra *l. 60*. Dice Papiniano « viri boni arbitratu sumtuum rationibus deductis, et aedificiorum aetatibus examinatis. »[1] Marciano e

[1] Questa interpretazione della *l. 58, de l. 1,* è confermata da un passo di VITRUVIO *De architect. lib. 2, cap. 8.* Costruite da un condomino pareti comuni *ex molli cemento,* dice Vitruvio che nel posteriore giudizio *communi dividundo* non si debbano stimare tali pareti per quanto sono state fatte, ma che dall' importo delle locazioni de' singoli anni trascorsi si debbano dedurre altrettante ottantesime parti, e concedere al costruttore la metà della sola somma che resterà. Ottimamente, poichè per gli anni che precederono la divisione esso godè insieme al condomino delle pareti da se costruite cogli affitti fatti in questi anni. Siccome i romani presumevano che pareti costruite *ex molli cemento* durassero ottant' anni, così Vitruvio propone il metodo pratico di detrarre dall' ammontare dello speso somme corrispondenti alla ottantesima parte di ciascuna rendita annuale, per dare il dritto di rimborso per la metà spettante al condomino solo in ciò che rimane del detto ammontare dopo tali deduzioni, e che corrisponde a quanto presuntivamente resta delle costruite pareti.

Giuliano trattano precisamente casi dell' erede che fino alla restituzione avea goduto della casa fidecommissaria da lui restaurata o ricostruita, nè dovea rendere i frutti perchè il fidecommisso era « in diem » *d. l. 40, § 1*, « post mortem heredis » *d. l. 58*, e però mancava certamente la mora. Perciò all' epoca della restituzione non v' era dritto a rimborso per mezzo di *jus retent.* se non che per la somma calcolata nel modo su esposto. La *cond. indeb.*, che nasce dalla omessa ritenzione, non può esser diretta alla certa somma spesa, ma a quell' *incertum* che risulterà « ex viri boni arbitratu.... aedificiorum aetatibus examinatis: » è per questo motivo una *condictio incerti.*

§ 409.

In questo articolo dell'omessa ritenzione, è un solo il testo che si riporta ad una *cond. indebiti possessionis.* È la *l. 21, ad SC. Trebell.* (§ 390) in quel passo « sed posse eum rerum hereditariarum *possessionem* vel *repetere* etc. » Esponiamo questo punto interessante. È conosciuto quanto i romani tenessero a ciò, che l'erede gravato di legati potesse a suo agio eseguire la difficile e vasta operazione della detrazione della Falcidia: pensiero che entrò in sì gran misura nella istituzione dell' interdetto *quod legatorum* (§ 650). Se l'erede pagasse i legati non dedotta per errore la Falcidia, non poteva esercitare il detto *quod legator*, all'effetto di ripigliarsi il possesso delle cose legate e far da per se l'operazione suddetta della deduzion della quarta, per la ragione che avea dato esso stesso, *l. 1, § 11, ad l. Falc.* Paolo « non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem. » Colla *cond. indeb.* diretta a cosa certa, che vedemmo competergli, potrà certamente chiedere ciò che avea dato di troppo, su di che consiste il suo danno ed il lucro ingiusto de' legatarii. Come poteva, se si trattava di legato *per vindicationem*, chiedere quel di più colla R. V. (d. § 390). Paolo definisce in questi ricisi termini la cosa « dabitur actio heredi, ut id, quod supra dodrantem est, offeratur. » Ma la più mite giurispru-

denza soccorse col lasciargli facoltà di adoperare la *cond. indeb.* anche per la ripresa del possesso in supplemento del *quod legator.*, pensando che altrimenti non era pienamente rimediato nel caso al danno dell'erroneo pagamento. Risultò pei legati *per damnationem* l'ozione fra' i due modi di adoperare la *cond. indeb.*, e per i legati per *vindicationem* fra la R. V. e la *cond. indeb. possessionis.* Testo diretto su questa concessione di *cond. indeb. possessionis* non abbiamo. Ma argomento sicuro nascer mi sembra da *d. l. 21, ad SC. Treb.* Il gravato da fidecommesso particolare o universale, che senza detrazione della quarta pegasiana restituì, ha la *cond. indeb.* per la ripetizione di quel di più che ha dato, *l. 5, § 15, de d. i. v. e. u.* « indebiti fidecommissi esse repetitionem, » *l. 68, § 1, ad SC. Treb.* « recuperare eam (quartam) poteris, » *l. 19, C. ad l. Falc.* « quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem. » Ma anche, a sua scelta, per la ripetizione del possesso di tutte le cose fidecommissarie per far da se la delicata e vasta operazione della deduzione della quarta: ciò per definizione di Pomp. *d. l. 21, ad SC. Treb.* Non dubito, che prima che ciò fosse ricevuto pel fiduciario, lo fosse per l'erede quanto ai legati; onde potesse ne' descritti aggiunti ripetere il possesso di tutte intere le cose consegnate, allo scopo di fare da per se la detrazione. Imperocchè a concedergli tale ripresa del possesso invitava il prossimo interdetto *quod legator.*, che manca del tutto ne' fidecommessi universali, e ai fidecomessi particolari fu, siccome la deduzione della quarta, applicato in epoca posteriore. Solo ad esempio di tal facoltà data all'erede quanto ai legati si passò quindi a concederla al fiduciario ancora.

§ 410.

Così per lunga disputa abbiamo trovato, che l'unico caso di *cond. indeb. possessionis* per non usato *jus retentionis*, trattato nel dritto nostro, è quello dell'omessa quarta falcidia e pegasiana; che di tanti testi, che altri ha richiamato a quella, il solo che le appartenga è nella *l. 21, ad SC. Trebell.* uno

de' due che vi riporta il Bruns. — Unito questo caso agli altri di *condictiones possessionis* esposti per lo innanzi (§ 376-385), s'intende la proposizione d' Ulpiano *l. 1, § 4, uti possid.* « Restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur, aut per actionem. »[1] Le *condictiones possessionis* non sono nè effetti o immediate difese del possesso, nè sono state introdotte per regolarlo. L'*actio furti*, che talvolta vedemmo avere nell'oggetto il possesso, non è effetto e immediata difesa del possesso nè unicamente diretta a regolarlo; perchè il pensiero che introdusse l'*actio furti* fu quello di punire i ladri, e solo accidentalmente e qual misura di questa pena può nell'azione stessa entrare la stima del possesso. La *in integr. restitutio* pel capo del *metus* mosse dal pensiero del non volere il pretore aver rato il fatto per timore: e l'altra pel capo dell'*absentia* ebbe origine dal non aver voluto il pretore che la giusta assenza o la cattività pregiudicassero. Le *condictiones sine causa* e *indebiti* dalla gran massima che « nemo locupletari debet cum aliena jactura » nella sua più vasta accezione. Il loro estendersi fino al possesso porta che possono averlo per oggetto, come possono avere per oggetto le cose nel loro intero valore. Difendono allora in certo modo il possesso, ma solo eventualmente in quanto che le succennate regole, che vengono da loro per propria indole tutelate, richieggono nella fattispecie la restituzione, anzi che d'altro, d'un possesso.

---

[1] Ci è stato indispensabile segnalare i frammenti che trattano di *condictiones possessionis*, e allontanar gli altri che non di essa si occupano, fermandoci in preferenza su quelli che avean bisogno di maggior discussione; senza di che non era possibile conoscere esattamente la portata di quelle *condictiones*. Qui però ci arrestiamo, mentre fin qui si estendono i confini del nostro trattato: nè entriamo in altre questioni, che più propriamente appartengono al trattato delle obbligazioni, cf. ARNDTS *§ 171, n. 4.*

CAPO NONO

La *juris quasi possessio.*

§ 411.

Questo capo verrà da noi diviso in sei articoli. Il primo sul concetto della *juris quasi possessio.* Il secondo sulla sua estensione. Il terzo sugli elementi del corpo e dell'animo nella medesima. Il quarto sul suo acquisto. Il quinto sulla ritenzione e perdita. Il sesto sulla *juris quasi possessio* per istromento di corpo altrui.

Articolo Primo

Concetto della juris quasi possessio.

§ 412.

A spiegare il concetto della espressione « juris quasi possessio » non basta a mio avviso il solo riflettere che i diritti, cose incorporali, non possono essere propriamente posseduti a causa precisamente della loro incorporalità *l. 3, pr. h. t.* etc.; siccome fanno alcuni scrittori anche a'dì nostri p. e. Ortolan *Instit. II, § 353.* La riflessione è giustissima, perchè sui dritti non si concepisce fisica detenzione: e dessa vale a confutare l'asser-

zione di Schmidt *Comm. und Precar. p. 132*, esservi oltre la *quasi possessio* una *possessio juris*, aver luogo la prima quando v'è presente il dritto stesso, aver luogo la seconda allorchè v'è soltanto un godimento di fatto d'uno stato corrispondente ad un dritto. Ma non spiega perchè i romani vollero ad una maniera di possesso ravvisare per oggetto i diritti, e perciò lascia insoluta la questione. Imperocchè è noto, che le servitù, o principalmente o, com'è mio parere, unicamente, sono appunto que' dritti, rapporto ai quali si adopera in gius romano l'espressione della quale parliamo. Ora quanto alle personali esisteva un vero possesso sulla cosa altrui (§ 149 segg.). Quanto alle prediali vedremo, che laddove è riconosciuta una regolare *jur. quasi possess.* v'è se non un vero possesso della cosa altrui, sibbene un operare sulla medesima che accostandosi al possesso poteva esser chiamato una *rei quasi possessio*. Inoltre quanto alle prediali, mentre sulla cosa altrui v'è soltanto questo improprio possesso, esiste però un altro possesso vero, cioè sulla cosa propria; il possesso di una cosa propria è compagno indivisibile di quello: anzi gli atti stessi, coi quali si esercita una servitù, suppongono una special posizione materiale nel fondo dominante che contribuisce alla formazione del possesso del fondo medesimo, come esporremo § 419, e più largamente § 760 seg. Mentre sembra, che su questi possessi quasi possessi *rerum* poteva basarsi ogni legislativa costituzione, a che prò si ricorse alla *jur. quasi poss.*?

§ 413.

Molti scrittori recenti nell'intento di dare piena spiegazione dicono così: Essendo il possesso in rapporto col dritto proprietà, perchè posizione di fatto corrispondente alla proprietà come posizione di dritto, ovvero (com'altri presceglie) perchè esercizio o esteriorità della proprietà; si volle estenderlo anche in rapporto agli altri dritti reali, ove si ritrovava posizione di fatto corrispondente allo *jus servitutis* ecc. alle posizione di dritto, ovvero pari esercizio od esteriorità allo *jus servitutis* ecc. Così Savigny *pag. 167, seg.*, Jhering

pag. 121. seg., *pag. 147*, ed altri. Vedemmo già l'inesattezza di quel concetto del possesso con quella limitata relazione col dritto di proprietà, e che possesso è in chiunque esercita attività sulla cosa fisicamente detenendola per un fine qualsiasi (§ 10, 29 segg., 39 segg.). E poi esaminiamo la ragione, per cui credono che i romani in quella supposta estensione abbandonarono la espressione *rei possessio* e vennero alla *jur. q. poss.* Appunto, dicono, perchè la parola *possessio* esprimeva la dominazione illimitata sulla cosa, ossia in tutti i suoi rapporti onde quando fu estesa ad esprimere la dominazione limitata ad alcuni rapporti soltanto, convenne adoperare la impropria espressione *j. q. p.* Così con espressioni più o meno simili: Savigny *pag. 168*, ed altri. [1] Ma torna, che questa improprietà sarebbe stata puntualmente espressa così « quasi possessio rei »: senza bisogno e senza ragione avrebbero i romani mutato il nome dell'oggetto. Posti e possesso e quasi possesso a confronto di diritti (il primo della proprietà, il secondo delle servitù) e distinti non da diversità assoluta d'oggetto, ma da diversa intensità; non v'era ragione di esprimerli con oggetto diverso, e dire il primo *rei* il secondo *juris*. O ambedue dirsi doveano *rei*, o ambedue *juris*; ed avrebbe ragione Spangenberg *Vom Besitz § 102* nel pronunciare quella proposizione la quale è pure abbastanza strana, che cioè la proprietà sia il primo oggetto possibile della *j. q. p.*

§ 414.

Altri scrittori, sentendo la mancanza delle ragioni fin qui esposte, passano ad un'altra riflessione che si avvicina di più a quello che crediamo essere il vero sviluppo; e probabilmente l'avrebbero enunciato intiero, se non fossero stati preoccupati da inesatto concetto del possesso, e da un'opinione generale secondo noi inesatta del pari (§ 417 segg.), essere stata la *j. q. p.* introdotta non già per la quasi usucapione delle servitù ma per gl'interdetti. Anzi che cercar la ragione del

[1] Windscheid § *151, 163*, Molitor *pag. 304*, Doveri *Istit. II*, § *32*, ec.

avere i romani abbandonato rapporto alle servitù l'espressione *rei poss.* nel concetto della parola *possessio* come si fa nell'opinione esaminata nel paragrafo precedente, la cercano nella parola *res*. Osservano, che per uso di linguaggio lo avere la piena dominazione sulla cosa si esprime anche così: Aver la cosa; lo che non si dice di chi sulla medesima ha dominazione parziale. A questo modo spiega il Bruns *Das Recht des Besitzes p. 477, seg.*, e simili idee si trovano in Arndts *§ 129*, ed in Milone *p. 24 seg.* Questa buona riflessione, lasciata così isolata, non vale a spiegare. Quantunque e nel giuridico linguaggio e nel volgare la parola *res* si prenda sovente in esclusiva relazione del potere illimitato sulla cosa; non men frequente è l'uso inverso di prenderla in rapporto a qualunque potere: così del depositario del colono del comodatario si dice che prendono la cosa, che rendono la cosa ecc. Precisamente nel possesso si fa di quella parola questo secondo uso. Mentre l'espressione « cosa », come oggetto del possesso, è sempre convenientissima; appunto perchè proammo, che possesso è ogni operare sia illimitato sia limitato sopra una cosa, e secondo il comun parlare e secondo dritto romano (§ 39 segg.). Per esempio il pretore volendo are interdetti a chi fosse di fatto nell' uso e godimento di na cosa, non avea che a dire: Proteggo chi usa e gode della sa, ossia chi ha possesso della cosa usufruendola; senza orrere al concetto ed al nome di *ususfructus quasi possessio*.

§ 415.

Contro le due opinioni esposte negli ultimi due paragrafi biamo evidente la prova nel testo, laddove nel creditore sul gno propriamente detto è stata riconosciuta una *possessio* non già una *j. q. p.*, e su quella gli sono accordati gl' indetti (§ 119). Dunque possesso può dirsi, e l'oggetto primersi *res*, anche laddove si tratta di limitata dominane, senza ricorrere alla *j. q. p.* Infatti il Bruns *p. 480. n. 1*, o il cap. 8, intitolato « filosofia del dritto del possesso » sa vedere come non abbia a riportarsi la *j. q. p.* al cre-

ditore pignoratizio, ed afferma che il vero fondamento del possesso del creditore medesimo dev'esser partito dal punto fisso (« Standpunkte ») della *juris possessio*. A parte lo esser vero o no questa riflessione filosofica (secondo noi non lo è, come apparisce dalle cose dette), resta sempre l'argomento in dritto romano. Non si comprende secondo quelle opinioni perchè non anche qui sia stata portata la *j. q. p.* dalle leggi nostre. A questo argomento non si sfugge se non forse si voglia far ricorso al possesso *abgeleitet* di Savigny, come vi ricorrono Bruns *pag. 5, segg.* ed Arndts *§ 135, fi.;* che però è stato confutato abbastanza (§ 11). Del resto tanto Windscheid che Milone, i quali giustamente non riconoscono possesso *abgeleitet* sono costretti a cercare ragioni storiche, ma in verità poco o nulla sussistenti. Windscheid *§ 163, n. 2*, tiene per sicuro che il *possesso* fu riconosciuto nel creditore pignoratizio in un tempo, quando non era ancora formata la *j. q. p.* Milone *p. i.* crede per converso essere stato il *possesso* esteso al creditore pignoratizio in un tempo, quando l'istituto del possesso medesimo ebbe in dritto romano il suo più grande sviluppo: e trova piuttosto un arresto di cotesto sviluppo nel non ammesso *possesso* anche nelle servitù, per le quali la sola *j. q. p.* resta riconosciuta. Quanto alla congettura di Windscheid osserviamo, che se *possesso* fosse per suo natural concetto solamente quando esiste dominazione illimitata, non sà vedersi come in epoca antichissima, quando cioè le cose erano nella loro più semplice concezione, appartenesse già al creditore. Credo veramente, che la *j. q. p.* sia stata introdotta dopo riconosciuta la *possessio;* credo, che al tempo antico fosse ammesso un *possesso* nel creditore pignoratizio, come era ammesso dovunque ne esistessero i necessari estremi (estremi che in esso creditore esistono, § 119), e perciò anche nell'usufruttuario, in cui vedemmo (§ 149) che gli estremi medesimi si ritrovano. Ma se al creditore meglio fosse convenuta la *j. q. p.*, la glie l'avrebbero i romani applicata quando l'ebbero introdotta siccome l'applicarono all'usufruttuario. La giurisprudenza romana che sempre si sviluppava, progrediva sempre, non già si sarebbe fermata in una inelegante antichità, che avrebbe

nesso confusione e disordine ne'due concetti di *possessio* e di *quasi possessio*. Quanto a Milone, non è punto provato che la *rei poss.* nel dritto romano avesse due concetti, uno più antico e più ristretto, l'altro più recente e più sviluppato; nè credibile mi sembra che il secondo tardasse a formarsi fino all'epoca in cui si sviluppò la *j. q. p.* nella storia della giurisprudenza. Nè meglio so intendere come questo sviluppo, giunto fino a comprendere le posizioni di fatto corrispondenti all'esercizio dei dritti reali, abbracciasse così il possesso del creditore, ma lasciasse poi la ormai antiquata *j. q. p.* alla parte più vasta e più importante dei dritti reali, alle servitù: nuovamente confusione e disordine.

§ 416.

Tenta il Milone *pag. 26* con molta moderazione e modestia un'altra spiegazione razionale della *j. q. p.* Si potrebbero separare que' dritti reali, i quali portano, come la proprietà, la detenzione della cosa (enfiteusi, superficie, pegno in senso stretto, servitù personali), da quelli, che non la portano (servitù prediali); ammettere in quelli un vero possesso, riducendo a questi soltanto il concetto del quasi possesso. Ma, se non erro, egli non toglie così, ma aumenta e rende invincibili le difficoltà della nostra disputa. Se possesso *rei* è pur anco quanto alle limitate dominazioni, anzi ancora quanto ad alcune servitù, alle personali; perchè non lo è quanto alle altre? Se vera detenzione non vi si ritrova, può dirsi per questo *quasi possessio rei* non mai *juris*. Del resto è evidente che non è stato quello il pensiero del dritto romano, il quale nell'usufruttuario ha ammesso una *j. q. p.* come tutti riconoscono. Il lodato scrittore *p. 44, seg.* crede, che lo sviluppo storico della *posssessio* non giugnesse fino a farla arrivare ai godimenti de' dritti di usufrutto e di uso, e che perciò si ammise per essi una *q. p.* come per gli aventi un qualunque dritto di servitù prediale. È facile applicare le stesse riflessioni che facemmo contro simili presunti sviluppi storici.

§ 417.

Or mi sia lecito esporre le mie vedute. Non posso persuadermi, che vera sia, benchè sia dopo Savigny (*pag. 167*) universale, la opinione, che fosse la *j. q. p.* originariamente inventata per darle la protezione degl' interdetti. Non parlo di Hedemann *Erw. und Schutz der Servit. pag. 96 seg.*, il quale dichiara non essere quasi possesso concepibile all' infuori della protezione interdittale, niuna usucapione o prescrizione di servitù esistere in gius romano. Dichiarazione è questa, la quale per essere opposta a tanti testi che, come vedremo, nelle servitù ammettono usucapione o prescrizione, è rimasta priva di seguaci. L' opinione generale degli scrittori [1] è, che il primo sentore della *j. q. p.* fosse allorquando si sentì primieramente il bisogno pratico di difendere con interdetti l' esercizio di fatto di alcune servitù. Però aggiungono, che neppure negl' interdetti fu subito invocato il concetto ed il nome della *j. q. p.* Che da principio non fu unita a questo esercizio la idea di quasi possesso, e la interditta protezione gli fu data dal pretore senza concepirlo come quasi possesso o nominarlo tale. Gli argomenti, che arrecano, sono i seguenti. Lo essere gl'interdetti, quanto all' esercizio delle servitù, non universali, cioè non esser dati riguardo a tutte le servitù: ed inoltre il trovarli dati non già sulla semplice questione se esistesse quasi possesso; ma sull' altra se esistesse uso, talvolta munito di certe condizioni, come p. e. nell' interd. *de itinere actuque* se esistesse esercizio per trenta giorni dell'ultimo anno. Solo la giurisprudenza più tarda, e specialmente Ulpiano avrebbe secondo questi autori [2] riconosciuto il concetto della *quasi possessio* e lo avrebbe applicato agl'interdetti. — È invece mio av-

---

[1] BRUNS *Das Recht des Bes. p. 82*, ALBRECHT *Besitz unkörp. Sach § 100*, ELVERS *Die röm. Servitutenlehre § 62, 79*, RANDA *pag. 31, n. 7. pag. 480 segg.* ecc.

[2] Vedremo § 425, che alcuni di essi arrivano a trovare in Paolo la negazione della *j. q. p.*

viso, che la *j. q. p.* fu nel campo delle usucapioni primamente introdotta. [3] Certo se fosse vero quel che essi autori ritengono, che cioè quando cominciò a farsi applicazione agl' interdetti ancora non si parlava di *j. q. p.*; sarebbe contradittorio il dire che essa *j. q. p.* fosse di già formata e nominata in occasione di altro istituto di dritto. Ma quello non credo esser vero; e procuro di dimostrarlo per provar quindi la mia tesi, che cioè la *j. q. p.* ebbe primo luogo nelle usucapioni. Fra il concetto degl' interdetti che in qualunque modo o misura regolano le posizioni di fatto, ed un concetto di possesso, è stata sempre tale unione, che quelli si chiamarono immancabilmente e si chiamano interdetti « acquirendae, retinendae, recuperandae *possessionis.* » [4] Nè basta. Che ne'relativi interdetti non si rimanga in dritto romano nella nuda contemplazione dell'esercizio delle servitù senza elevarlo al concetto di un possesso; apparisce dalle *l. 3, § 2, l. 7, de itin. act. priv.*, ove precisamente si parla di possesso in occasione dell' interdetto *de itinere actuque*, e dalla *l. 20, de servitut.*, ove gl'interdetti introdotti relativamente alle servitù rustiche sono detti *veluti possessoria.* Nè mi muovono i surriferiti argomenti a vedervi l' opera posteriore, specialmente d' Ulpiano. Primo, perchè di quei tre testi solo il primo è d' Ulp.; il terzo è di Giavoleno anteriore ad esso, il secondo di Celso ancor più antico. In secondo luogo, perchè nel supposto svilupparsi della scienza posteriore si sarebbero modificate quelle limitazioni degl' interdetti, se fossero veramente da attribuirsi alla mancanza relativa del concetto della *q. poss.*, perchè ormai disadatte. I pretori avrebbero resi universali rispetto a tutte le servitù gl' interdetti; avrebbero tolti via i requisiti, che talvolta erano aggiunti all' uso di quegl' interdetti che trovavano già introdotti, p. e. quello de'trenta giorni nel *de itinere actuque.* Ne avevano tempo prima della

[3] Lo STINTZING *Das Wes. von b. f. etc. p. 6,* chiama misteriosa la usucapione delle servitù.

[4] Tanto che queste denominazioni non solo sono adoperate su gl'interdetti, i quali regolano direttamente la sola posizione di fatto, ma ancora su quelli che la regolano come conseguenza d'un dritto pienamente riconosciuto (§ 602 segg.).

formazione dell'Editto perpetuo; giacchè Celso e Giavoleno furono a questo anteriori. Ne avevan tempo anche dopo; perchè l'opera di Giuliano non troncò l'uso degli editti annuali, nè rese immutabile il dritto pretorio.[5] Tutto ciò si troverebbe fatto, anzi che vedere la nobile giurisprudenza Ulpiano compreso, interpretare ed illustrare quelle parti stesse dell'antico dritto che sconvenivano al nuovo sviluppo, cf. *l. 1, § 2, 3, 9. 12, de itin.* Vero egli è, che men generale è l'applicazione della *quasi poss.* agl'interdetti in materia di servitù. Ma ciò ha ragione non nella mancanza di *q. poss.* all'epoca della loro introduzione; bensì nel trovarsi il quasi possesso negl'interdetti come in campo non proprio e nativo, nato essendo per le usucapioni delle servitù, come in seguito cercheremo di provare. Le limitazioni poi aggiunte ad alcuni interdetti, p. e. quella de' trenta giorni al *de itinere*, hanno la solita ragione dello essere il quasi possesso, come il possesso, non per se rispettabile; esserne la protezione data dal pretore cosa tutta dipendente dal senno pratico di questo (§ 51 ecc.). Egli usava la sua saggia economia nel dare o negare gl'interdetti: e l'usava, dandoli, nello apporre, ove opportuno lo riputasse, limiti e condizioni.

§ 418.

La teoria delle usucapioni ha certamente preceduto quella degl'interdetti nella storia del dritto nostro. Mentre troviamo le usucapioni già sanzionate nelle leggi delle dodici tavole; gl'interdetti a quell'epoca non esistevano punto, ma solo *extraordinariae cognitiones* (§ 62, n. 3), ed il più antico testimonio del

[5] Diversa fu la credenza degli autori fino al secolo scorso, in ossequio di qualche neppur decisiva parola di EUTROPIO *VIII, 17* « *τό διηνεκὲς διάταγμα... συνέταξεν, ὃ μέχρι νῦν Ἀδριάνιον κατεῖται, κατὰ τὴν τῶν Ἰταλιῶν φωνὴν ἤδικτον περπέτουον.* » Ma vedi Ulp. Gajo Paolo *l. 7, l. 8, l. 9. de jurisd.*, Marcello *l. 3, de conjung. cum emanc. lib.* junct. Ulp. *l. 3, § 13, de ventre in possess. mit.*, Marciano *l. 6, § 1 de custod. et exhib. reor.* *Gaj I, 6*, cf. *§ 7, I. de jur. natur.*

pieno sviluppo dei medesimi, tanto in genere quanto riguardo alle servitù, è Cicerone (§ 663). Il bisogno di frenare le molteplici liti, ragione dell'usucapione (§ 52), era troppo imperioso per non apparire assai presto, e reclamare il rimedio. Ma tal ragione valeva sommamente nelle servitù, perchè l'eccesso dei litigi ben facilmente vi si ritrova. Dalle liti frequenti sui corsi delle acque, sui *rivi*, è nata la parola *rivali* che si estende ad ogni inimistà. Cicerone *pro Caec. 13* ci parla del pretore occupato tutto il giorno sulle liti de' fossi, delle cloache, delle acque, de'passaggi; e *De legib. II*, *19*, descrivendo qual cognizione di dritto civile esser debba ne' pontefici ed escludendo la forense, si esprime « Quid ita? Quid enim ad pontificem de jure parietum, aut aquarum, aut ullo similium? » È noto che, quando ei volle porre in derisione le principali occupazioni dei giureconsulti, disse che esse versavano sulle servitù, sui stillicidi. Finalmente, che l'acquisto delle servitù per via di tempo dovesse la sua origine al pensiero di finire le liti, è testimonio Paolo *l. 2*, *pr. de aq. et aq. pluv.* « minuendarum scilicet litium causa. » Non per ciò intendo dire, che la quasi usucapione delle servitù sia coeva alla usucapione quanto al dominio. Perchè anch' io sono persuaso, che la *j. q. p.*, su cui basa tale quasi usucapione, è ritrovato di giurisprudenza più fina e sviluppata che non fosse all'epoca dell' introdotta usucapione. Ma dico, che la prima occasione, la prima necessità, di ritrovare la *j. q. p.* fu l' urgente bisogno d' ampliare alle servitù quell'ottimo rimedio di finir le liti, che era l' usucapione: la quale pur non può concepirsi senza un possesso. Questo raziocinio è rafforzato da ciò che stabilì la legge Scribonia. Sembra, come vedremo § 448, che questa legge sia stata fatta al tempo della cadente Repubblica. Proibì le usucapioni delle servitù, o di tutte, come universalmente si crede, o, secondo una mia credenza, di alcune, *l. 4*, *§ 29, de usurp. et usuc.* Ora domando, com'è possibile che all' età di Ulpiano, coetaneo di Paolo autore di questo frammento, si cominciasse a sviluppare il concetto della *j. q. p.* negl' interdetti riguardanti le servitù, quando probabilmente all'epoca della cadente Repubblica, certamente prima d'Ulpiano, già erano e nate, e svi-

luppate, e spente o ristrette dalla l. Scribonia le quasi usucapioni sulle servitù medesime? Mentre senza un quasi possesso non poteva essere quasi usucapione; nel che sono certo che niuno vorrà farmi contrasto. Il probabile si è, che all'epoca di Cicerone gl' interdetti quanto alle servitù cominciassero ad arrivare al loro pieno sviluppo (d. § 663); mentre l'usucapione non solo vi era già nata, lo che era accaduto appena la giurisprudenza si raffinò, ma anche sviluppata e arrivata al punto d' esser ristretta dalla l. Scribonia.

§ 419.

Pertanto la *j. q. p.* nacque per la quasi usucapione delle servitù; ed ecco come credo che se ne sviluppasse il pensiero nelle menti de' giureconsulti. Onde sia usucapione, cioè onde si acquisti per possesso diuturno un diritto, conviene che fra il possesso e il dritto di acquistare esista un rapporto; altrimenti non sarebbe coordinato il mezzo al fine. Vedemmo § [illegible] essere il possesso uno stato di fatto avente forma identica all'esercizio di qualche diritto; e soggiungemmo che mentre tale osservazione non è opportuna per elevare la definizione del possesso, ben lo è allo scopo di basarvi sopra l'acquisto del dritto di proprietà mediante usucapione (ib. e § 53). Appunto perchè dovendo i mezzi essere coordinati al fine, il possesso non poteva condurre all'acquisto del dominio, se non veniva considerato in qualche rapporto col dritto; vale a dire se non veniva considerato un dato possesso come pari all' esercizio del dritto di proprietà. Simile considerazione, appena la giurisprudenza divenne matura, fu invocata per estendere la usucapione alle servitù. Fu osservato, che spesso esistevano posizioni di fatto aventi la forma stessa dell' esercizio di servitù, atte perciò a basarvi un acquisto di servitù per via d'una specie d'usucapione. Bisognava però a tal uopo esprimere quelle posizioni con parole, le quali le riferissero al possesso, senza cui niuna usucapione è concepibile. E questo non era facile. Non si poteva mai per tale scopo prender di mira come oggetto il fondo dominante, non si poteva

mai esprimere così: Possesso della cosa dominante.[1] È ben vero, che rapporto alle reali servitù l'esercizio analogo si trova accompagnato da un possesso del fondo dominante; perchè non vi si concepisce quell' esercizio se non si possiede un fondo al quale si serva. Anzi l' esercizio delle servitù medesime reali, nelle quali fu riconosciuto quasi possesso, suppone che esista nel fondo dominante una parte coordinata al medesimo; quale parte conferisce alla composizione del possesso del fondo dominante qual'esso si trova (§ 760 seg.). Ma pur sempre tali servitù, come tutte le altre, nella loro sostanza e natura di servitù han per oggetto la cosa altrui, la servente; son diritti *in re aliena.* Onde quel possesso che abbiamo accennato, restando nel fondo dominante, non poteva per se valere come base all'usucapione; non essendo logico, che il possesso d'una cosa (dominante) sia per se mezzo all'acquisto di un dritto in un'altra (servente); tornerebbe il mezzo discordante dal fine. Per lo chè mi sembra che non sia giusto ciò che pur fanno molti dopo Savigny *p. 482, 485,* il porre cioè a capo della definizione del quasi possesso nelle servitù urbane[2] l' osservazione, che tali servitù stanno in connessione immediata col possesso del fondo dominante. Che accanto al quasi possesso delle servitù prediali vi debba esser sempre un possesso della cosa dominante, lo notavamo pur noi or ora; e vedremo che di questa verità tennero cònto i romani nel dare gl' interdetti rapporto a tali servitù (d. § 760 seg.). Ma è ingiusto il marcare tal connessione nella definizione del quasi possesso delle servitù, e confonderlo con quel possesso; lo che non spiegherebbe come potesse questo quasi possesso essere idoneo mezzo per acquistarle, secondo le cose notate. — Nè giova a quella

---

[1] Noto, che qui e nel posteriore discorso chiamo dominante la cosa a prò di cui si esercita la *j. q. p.* in rapporto alle servitù prediali; e servente chiamo la cosa, su cui la *j. q. p.* si esercita. Avverto ciò, onde non nasca confusione dall' uso strettamente tecnico di queste parole, del quale noi pure al certo ci varremo, e che si riferisce alle cose che per vero dritto di servitù dominano o servono.

[2] Anche nelle negative è detto ciò da Savigny *pag. 485.* Ma in queste, come vedremo, non è alcun quasi possesso.

opinione di Savigny il testo di Celso *l. 86*, *de V. S.* « Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? » Invocato a difenderla proverebbe troppo, perchè è concepito anche delle rustiche (« jura praediorum »); anzi il pensiero stesso troviamo sulla servitù rustica *itineris* ripetuto ed espressamente applicato al possesso nella *l. 12*, *quemad. serv. amitt.* del medesimo Celso. Se Celso intendesse, che l'oggetto della servitù sia il fondo dominante, vale a dire che la servitù sia estensione del dritto di proprietà su questo fondo; allora si avrebbe ragione di farne argomento per segnalare dentro al possesso di esso fondo dominante anche quella posizione che ha forma d'esercizio di servitù. Ma non ciò è inteso da Celso, chè sarebbe contro il concetto or ora ricordato delle servitù (*jura in re aliena*). E bastava per schivare tale errore l'osservare che per tutte le servitù, comprese le prediali d'ogni specie, non si dà in difesa la R. V. ma la speciale azione confessòria. D'altra parte neppure sottoscriverei a Randa [3] *pag. 559, n. 23*, il quale, condannando ragionevolmente l'opinione or ora esposta, spiega Celso dicendo che è da esso pronunciato un paragone poetico (« ein poetischer Vergleich »), ed una frase inetta a fondarci alcun principio di diritio. [4] Nè tampoco a Bruns *pag. 92*, quando asserisce che in que' testi non abbiamo un principio generalmente riconosciuto ma un paragone spiritoso (« einen geistreichen Vergleich »), un' individuale idea teorica e non un pratico principio di dritto. Credo che i testi abbiano significato da tutti ricevuto, serio, ed utile. La *l. 86* è da intendersi così: Competono le servitù prediali agli uomini, ma solo in quanto sono padroni d' un fondo, cioè del dominante; competono a tali uomini, non ad altri che a tali. Onde, essendo il beneficio di tali servitù unito inseparabilmente col fondo dominante, sono

---

[3] RANDA è il più accurato espositore che abbiamo avuto del trattato sulla *j. q. p.*

[4] Come neppur vero mi sembra ciò che soggiunge, mai avere i romani pronunciato simil cosa delle servitù discontinue. Osta la generalità della *d. l. 86*, e la parola espressa della *d. l. 12*.

buone qualità ed abiti del fondo medesimo, come la sua feracità, salubrità ecc. Adunque Celso esprime la inseparabilità delle servitù dal fondo dominante; il che ognun sa quanto gravi conseguenze importi nella teoria delle servitù. L'altra *l. 12* dà un'applicazione nella teoria del possesso. Appunto perchè le prediali servitù sono qualità o abiti del fondo dominante, ne viene quel che poc'anzi ripetevamo, che cioè quasi possesso delle servitù prediali non può esistere in alcun modo se non abbia accanto un possesso del fondo dominante. E che quegli atti, i quali costituiscono il quasi possesso in una servitù reale, suppongono un'analoga posizion materiale nel fondo dominante, che conferisce alla costituzione del possesso, quale esso è, del fondo dominante medesimo. Ciò è ben diverso dal porre nella definizione stessa del quasi possesso delle servitù questa sua unione o accompagnamento col possesso sul dominante; da che sarebbe indotta confusione dei concetti, fra loro separati del tutto. Poichè si può esser compagno indivisibile senza esser tutt'uno; senza esser tutt'uno si può aver comunanza di origine. Collo esercizio della servitù reale si forma insieme il complemento del proprio possesso sul fondo dominante, ed un possesso più o meno improprio sul servente: ma la *j. q. p.* non si basa sul primo. [5]

§ 420.

Pertanto il possesso del fondo dominante, che accompagna quella posizione di fatto la quale si presenta come esercizio di servitù, non è punto adatto a soddisfare alla indagine, come debba esprimersi, a quale oggetto debba riferirsi questa posizione di fatto creduta idonea a produrre l'acquisto di servitù. La servitù che ha per obietto la cosa altrui servente non può essere acquistata in forza d'un possesso avente altro obietto, la cosa nostra dominante. — Da questa stessa ragione si comprende, che, per essere le servitù dritti *in re aliena*

---

[5] Dell'altro testo citato da Savigny nella *l. 20, pr. de S. P. U.* parleremo § 425.

(servente), l'esercizio di fatto che possa condurre al loro acquisto dev'essere segnalato nella stessa *res aliena* (servente). Solo un possesso nella cosa servente può condurre ad usucapire la servitù su di essa. Questo possesso nella cosa servente era facilissimo ravvisarlo quanto alle servitù personali; chi ne gode ha possesso vero della cosa servente (§ 149 segg.). La usucapione o la prescrizione delle servitù fu per le suddescritte imperiose ragioni adattata anche a molte prediali: lo esporremo largamente in seguito, qui diamo pochi cenni necessari. Si applicò l'usucapione alle servitù urbane positive; ove non si trova in chi ne gode vera detenzione ossia toccamento attuale o abituale della cosa servente, ma però esiste un positivo agire non momentaneo sulla cosa stessa, parificato facilmente per la sua prossimità al possesso, onde ottenere il ripetuto urgente scopo. Anzi quanto alle rustiche, benchè ancor meno esista vero possesso sul fondo servente (perchè non vi si esercita una continua azione, estremo gravissimo nel concetto del possesso); pure se si arrivò a riconoscervi prescrizione, ciò fu fatto solo perchè vi si trova un positivo agire per atti separati, è vero, fra loro, ma uniformi. Ed anche questo, sempre per ottenere quello scopo urgente, fu parificato al possesso; quantunque tal parificamento, essendo più duro, fu meno completo e meno esteso, e condusse a prescrizione non ad usucapione. Adunque conchiudo, che guardando in complesso tutte le posizioni di fatto che han forma d'esercizio di servitù, si trovò sempre un posssesso o proprio o improprio nella cosa servente.

§ 421.

Ma perchè dunque allorquando alla posizione di fatto, della quale parliamo, convenne dare un nome che la riferisse al possesso onde coordinarla alle usucapioni, non si scelse questo: *Possessio*, o tutt'al più *quasi possessio rei servientis?* Perchè trattandosi di trovare un'espressione di possesso in analogia colla desiderata usucapione delle servitù, quella espressione sarebbe stata disacconcia. Mentre al possesso della *cosa*

corrisponde l'usucapione della *cosa*. Ora l'usucapione della cosa non può significare acquisto della servitù, ma è l'espressione consacrata a significare acquisto del dominio, *l. 3, de usurp. et usuc.* È uno de' casi, nei quali *cosa* si dice solo in relazione del suo intero valore e dell' illimitato potere che gli corrisponde; potere che ne'rapporti giuridici è il dominio. Come, per aggiungere subito qualche esempio, quando si dice e dai romani antichi e da noi: Vendere, comprare, donare, lasciare in legato, alienare, acquistare una *cosa*; è fatta esclusivamente relazione alla proprietà sulla medesima.[1] Di qui s'intende perchè nel porre un possesso in relazione coll'acquisto di servitù per via d'usucapione, non poteva acconciamente dirsi: Possesso della cosa. Come s' intende, perchè nella quasi usucapione, di cui parla Gajo *I, 111*, potè dirsi che la donna stessa era quasi posseduta ed usucapita « velut annua possessione usucapiebatur. » Dappoichè quantunque non si trattasse d'acquistar dominio, ben si trattava d'acquistare la *manus* che stava alle donne libere come il dominio sta alle cose, e d'una usucapione, cha stava alla *coemtio* e alla *confarreatio* come l'usucapione ordinaria sta alla *mancipatio*. Quasi usucapir la donna era quanto dire usucapir la *manus* su lei: quindi si diceva ottimamente quasi possedere la donna stessa, esprimendo analogamente l' acquisto e il mezzo dell'acquisto.

§ 422.

Ora ogni volta che la *res* è presa in questa esclusiva relazione col dominio, a nominare diversamente l'oggetto delle servitù è adoperata nel dritto nostro la parola *jus*. È per questo e non per altro, che ne' *§ 2, 3, I. de reb. corp. et incorp.* alle cose incorporali, ossia ai *jura*, non viene ascritto il dominio, sibbene le servitù. Nè è dissimile, che Ulp. *l. 8, de aq. et aq. pluv. arc.* chiami il dominio un dritto « in corpore loci », e la servitù un dritto « in jure loci. » Quindi ancora allorquando la formola petitoria fu estesa alle servitù, restò il nome

---

[1] Nel § 233 facemmo un'applicazione alla *l. 38, § 1, h. t.*

di « *rei* vindicatio » all'azione che difendeva il dominio, e di quella che difendeva le servitù si disse che « *servitus* vindicatur » *tit. ff. si serv. vindicetur;* ed in qualche luogo la prima è chiamata « vindicatio *corporum* » la seconda « vindicatio *juris* » *fr. vat. § 92.* Al che è consentaneo *Gaj. IV, 3.* « In rem actio est, cum aut *corporalem rem* intendimus nostram esse (quella che difende il dominio), aut *jus* aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquam ducendi, vel altius tollendi vel prospiciendi. » Consuona Giustiniano *§ 2. I. de action.*, il quale descrive le controversie riguardanti le servitù dicendo « si agat quis *jus* sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi... *jus* sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive etc. », e quindi passando alle controversie riguardanti il dominio le enuncia così « in controversiis *rerum corporalium.* »

§ 423.

È fluida conseguenza, che simile condotta avessero a tenere i romani nella nostra tesi. Alla usucapione assegnarono per oggetto lo *jus*. E così nel possesso: dovendo per esattezza del parlare astenersi quanto ad esso dalla enunciazione *rei possessio*, appunto perchè così l'avrebbero messo in rapporto coll'usucapione *rei* ossia del dominio, e non con quella *juris* ossia delle servitù; usarono il solito metodo tenuto ogni volta che dovevano nominar l'oggetto delle servitù altrimenti che colla parola *res* riservata al dominio. Adoperarono la parola *jus*.[1]

[1] Si osservi bene: In genere l'espressione *rei possessio* non significa il solo possesso che è in rapporto coll'*usucapio rei*, ma appartiene anche a qualunque possesso sopra un oggetto corporale, sia che abbia altri effetti giuridici, sia che non ne abbia alcuno (§ 415). Ed in questo significato ampio noi l'useremo, come l'usano comunemente gli scrittori. Ma come ho detto non poteva acconciamente adoperarsi relativamente al possesso di cui parliamo; appunto perchè introdotto per sola usucapione di servitù. Non potendo questa enunciarsi *rei* ma dovendo dirsi *juris quasi usucapio*; così con molta finezza non si volle usare nello esprimere il mezzo la parola *res* nell'istesso tempo che si ravvisava impossibile nella enunciazione dello scopo allora unico.

Ma i *jura*, le servitù, cose incorporali non sono oggetto idoneo di fisica detenzione e però di vero possesso (§ 39): *l. 32, § 1, de S. P. U., l. 3. pr. h. t.* « Possideri autem possunt quae sunt corporalia, » *l. 3, § 27, de usurp. et usuc.* « nec possideri intelligitur jus incorporale, » *l. 1, § 8, quod legator.* « neque ususfructus neque usus possidetur, » Quintilian, *V, 10,* « cum sit jus incorporale non intelligitur possideri. » Quindi i romani notarono l' improprietà collo agggiungere l' ordinaria parola *quasi*. Risulta la *juris quasi possessio* coll'analoga *juris quasi usucapio*. L'improprietà con tanto maggiore opportunità fu notata, in quanto che, dovendo l'oggetto d' ogni presente possesso esistere presentemente, invece l'esistenza dello *jus*, che qui veniva obiettivamente enunciato, è pienamente indifferente nel possesso relativo alle servitù; poichè è vero in questo, come in ogni altro possesso, che « non multum interest, juste quis an injuste possideat » *l. 3, § 5, h. t.* Anzi nel possesso diretto alla usucapione era impossibile l'attuale esistenza del dritto di servitù come è impossibile che si acquisti per usucapione quel che già si abbia. Però non manco di osservare, che quantunque la nota d' improprietà « *quasi* possessio » venga in molti luoghi adoperata, *l. 23, § 2, ex quib. caus. major., l. 10. pr. si servit. vindic., l. 3, § 17, de vi et vi arm., Gaj. IV, 139*; è pur frequente che venga, come cosa notissima, omessa, e si adoperi per brevità la sola espressione del possesso, *l. 2, comm. praed., l. 20, quemadm. serv. am., l. 2, § 2, de interd., l. 7, de itin. act. priv., l. 2, § 3, de precar.*

§ 424.

Pertanto è provato che il possesso nelle servitù fu in dritto romano primieramente segnalato per basarvi l' usucapione delle servitù medesime. Che fu espressa « juris quasi possessio » solo per necessità del linguaggio usato, vale a dire perchè in materia d'usucapione di servitù non si poteva, senza dissonanza fra mezzo e scopo, adoperare l'altra espressione « rei (servientis) possessio. » Ma che in realtà l'oggetto, su cui versa, è la cosa che serve (§ 420). Adunque la *j. q. p.* rientra

sostanzialmente nel concetto della *rei possessio*. Rapporto alle servitù personali è precisamente la solita *possessio rei (servientis)*, avente forma d'esercizio di servitù d'usufrutto, d'uso. Rapporto alle prediali è la *possessio rei (servientis)*, intesa più largamente che ne' suoi confini nativi; mentre vi manca il vero concetto della detenzione (§ 39). Questo quanto alle prediali urbane positive (§ 432 segg.): quanto alle rustiche la *j. q. p.* non fu ammessa regolarmente; ed allorchè fu ammessa impropriamente, venne pur essa basata sopra un certo possesso anche più improprio sulla cosa servente (§ 430, 445). — Ond'è, che la definizione piena della regolare *juris quasi possessio* si deve ottenere riportando la definizione del possesso (§ 39) sol detraendone ciò che vi manca rapporto alle prediali. Definiamo così: La *juris quasi possessio* è l'operare fisico sulla cosa altrui per mezzo di atti di loro natura non momentanei, avente forma di esercizio di servitù. Dico: *operare fisico sulla cosa altrui* e non già detenzione: perchè la detenzione talvolta non vi si rinviene, cioè, come accennavo poc'anzi, in quelle servitù reali che la *j. q. p.* ricevono regolarmente. Aggiungo, che quest'operare basta che sia abituale (§ 47). — Soggiungo: *per mezzo di atti non momentanei*, com'è nella natura del possesso. Quindi non ha luogo regolarmente la *j. q. p.* nelle servitù prediali rustiche, come accennavo del pari; perchè vi è sibbene la forma dell'esercizio di servitù, ma non la continuità: v'è luogo solo ad un'artificiosa applicazione della *j. q. p.* per qualche scopo di men rigoroso dritto (§ 445, 761). Vedremo poi escluso affatto dal concetto della *j. q. p.* il godimento *jure facultatis*, *jure familiaritatis*, ove neppure artificiosa riduzione era possibile, ed ove talvolta manca fin la forma di esercizio di servitù. — Seguo: *avente forma d'esercizio di servitù;* colle quali parole escludo operazioni fisiche su cosa altrui le quali abbiano forma d'esercizio di altri diritti, o di obbligazione, o anche reali, come del dritto di pegno (agg. § 455 segg.). Queste parole medesime importano da per loro, che nella *j. q. p.* deve essere una relativa esclusività, come v'è nel possesso (§ 39). Relativa, dico; giacchè la *j. q. p.* non è in alcuna contradizione con altri atti di differente indole esercit…

ılla cosa dal padrone o con altri atti anche di simile indole ıercitati da non padroni, i quali pur essi appoggino i loro *ti-ıa* ecc.

§ 425.

Questa sostanziale coincidenza della *j. q. p.* colla *rei poss.* a parer mio la ragione per cui viene dagli autori del dritto petuta la tesi pur semplicissima dell' inidoneità dei diritti ad ısere veramente posseduti (§ 423), come anche ad essere ıramente consegnati o usucapiti, *l. 43, § 1, de a. r. d.*, *Gaj. II*, 8. Con che significarono non solo la necessità di aggiungere sottintendere la nota d'improprietà nella *j. q. p.*; ma ancora, ıe niun possesso nè propriamente nè impropriamente enunıato può avere in realtà altro oggetto che cose corporali. Certo ıe questa sollecitudine di ripetizione non mancò di profonda ıgione; su di che si accordano anche Elvers *Die römisch. ırvitutenlehre § 62;* e Randa *pag. 28, n. 6, pag. 317.* — Questi ıtori vogliono ravvisarvi l'antico diritto, che disconosceva la *q. p.*, ancora valido nell'opinione di Paolo, mentre invece lp. tale *j. q. p.* riconosceva (§ 417). Già provammo, che alıtà di Paolo ed Ulpiano era già da gran tempo ammessa da ıtti la *j. q. p.* Ora mi sembra incredibile, che Paolo la rifiusse ancora quando anche le leggi (la Scribonia) si erano ıcupate della quasi usucapione delle servitù. Oltre che i testi, ıe espongono la enunciata inidoneità delle cose incorporali, ın sono tutti di Paolo, ma ve n'è di Giuliano (*l. 32, § 1, S. P. U.*) di Gajo (*l. 43, § 1, de a. r. d.*) e dello stesso Ulano (*l. 1, § 8, quod legator.*). — È principalmente da rimarıre il modo con cui si esprime Gajo *d. l. 32, § 1.* « Natura ıim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelliıtur possessionem earum habere, qui aedes possidet: » ıeste ultime parole, sulle quali vedi § 438, convengono a ıpello col mio assunto. E questo stesso è pur dimostrato ılla *l. 20, pr. de S. P. U.* di Paolo. Per esprimere colla noıenclatura del possesso quella posizione di fatto che si preınti e si riguardi come esercizio di servitù urbane positive

tigni immittendi, *projiciendi*, e *stillicidii immittendi;* il giureconsulto non si serve del nome *juris quasi possessio* benchè questa esista nella posizione suddetta: ma comincia dal servirsi del nome *possessio*. E che con tal nome intenda il possesso della cosa servente preso con qualche latitudine (come accennai § 412, 420, 424, e largamente esporrò § 432), lo mostra colla spiegazione ch'ei soggiunge. Infatti dopo espressa la tesi « Servitutes quae in superficie consistunt [1] possessione retinentur, » spiega quindi applicando alla servitù *tigni immittendi* con queste parole « Nam, si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem (o *consuetudine?*). » E poi alle servitù *projiciendi* e *stillicidii immittendi* « Idem eveniet et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero: quia in tuo aliquo utor, et si (o *sic?*) quasi facto quodam possideo. » Segnala di nuovo il possesso nella cosa servente (« in tuo » notando col « quasi » la succennata latitudine. Se Paolo nel riportare alla nomenclatura del possesso l'esercizio di quelle servitù si vale della parola di possesso (della cosa servente), mentre pure è la espressione « *j. q. p.* » quella con cui suole tale esercizio riportarsi alla detta nomenclatura; ciò significa che in sostanza tanto valeva segnalar quel possesso quanto questo quasi possesso. [2]

§ 426.

Viceversa Paolo stesso *l. 14, pr. de servitutib.* per dimostrare, che quanto alle servitù rustiche la posizione di fatto

---

[1] Perchè servitù della descritta natura si dicano *consistere in superficie,* diremo § 440.

[2] Mi sembra che a torto SAVIGNY *pag. 482, n. 1* invochi questo frammento di Paolo per provare la tesi, che le servitù urbane stanno in immediata connessione col possesso del fondo dominante (§ 419): interpretando Paolo del possesso del corpo, per mezzo del quale si esercita la servitù, ossia del dominante. Le parole « quia *in tuo* aliquo utor, et si (sic) quasi facto quodam possideo » gli sono manifestamente contrarie.

che si presenti e riguardi come esercizio delle medesime non si può riportare regolarmente e pienamente alla nomenclatura del possesso, ossia che non le spetta in tal modo quella che ordinariamente si chiama *j. q. p.*; si vale, come prova, precisamente dell'assenza d'un importantissimo estremo del vero possesso sulla cosa servente. E così è l'assunto nostro confermato di nuovo. Per ben intendere il frammento di Paolo convien ricordare tre punti (cf. § 423). Primo: che l'espressione *rei usucapio* esclusivamente spetta all'acquisto del dominio *l. 3, de usurp. et usuc.*; onde convenne designar l'usucapione volta all'acquisto d'un dritto di servitù con oggetto diverso, e dirla usucapione *juris*. Secondo: che quando l'oggetto da nominarsi in un possesso è uno *jus*, non può dirsi esattamente possesso soltanto, ma convien dire quasi possesso, perchè non è alcun vero possesso di cose incorporali, convien dire insomma *juris quasi possessio*. Terzo: che è perpetuo e indivisibile il rapporto fra possessione ed usucapione, e la reciproca influenza dell'una sull'altra, *d. l. 3, de usurp. et usuc.* Da queste riflessioni deriva, che da una parte allorquando l'usucapione è d'una servitù, come di essa usucapione si deve dire che è d'uno *jus*, così debba dirsi d'uno *jus* anche il possesso relativo; dall'altra parte come il possesso in tal caso non essendo vero deve nominarsi con nota l'improprietà *quasi*, così pure nominar si debba con nota simile la corrispondente usucapione. Usucapione vera non è, Gaj. *l. 43, § 1, de a. r. d.*: e solo indirettamente può una vera usucapione cadere sulle servitù, quando venga usucapito il fondo cui trovansi aggiunte, con che vengono pur esse acquistate; nel qual modo credo doversi intendere Ulp. *l. 10, § 1, de usurp. et usuc.* « Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint. »[1]

[1] È probabile la congettura di Savigny *Syst. IV. p. 498, n. e.* e di altri, che Triboniano abbia inserito in questo frammento d'Ulpiano il « longo tempore capi » in luogo di « usucapi » — Nel descritto modo indiretto ogni servitù può essere acquistata con vera usucapione; anche quelle servitù che per se non ammettono, secondo l'esposizione che faremo, neppure

Adunque deve dirsi ***juris quasi usucapio.*** Pertanto Paolo con-duce la sua argomentazione nel modo seguente. Comin... « Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus ac-cedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur. » Per ciò solo, che, allorquando in materia d' usucapione si do-vrebbe come oggetto esprimere lo ***jus***, non si può parlare di vero possesso; deriva la conseguenza che neppure vi si pu... parlare di vera usucapione. E questo è vero riguardo a tutte le servitù secondo la ***l. 43, § 1, de a. r. d.*** Ma non bastava... restava a vedere perchè nelle servitù rustiche non si ammet-

---

una quasi usucapione. MOLITOR ***pag. 427*** riporta la ***d. l. 10, § 1*** alla m... sima che le servitù non si acquistano senza esistenza di fondi. Cosa ta... palmare, che non va d'accordo coll' « hoc jure utimur » d' Ulpiano; espr... sione, la quale, indicando cosa ricevuta presentemente, suppone varietà ... dritto almeno possibili. Mentre la espressione medesima si comprende co... mamente, se si accetti la interpretazione nostra. La quasi usucapione ... stata introdotta in epoca non molto antica (§ 418) rapporto ai soli fondi italici (§ 445). In vista dell'epoca anteriore, in cui in nessun sito era ... messa o propria o impropria usucapione delle servitù, Ulp. può dire, c... oggi mentre è ammessa una quasi usucapione di servitù per i fondi ital... però in niun luogo (« nusquam ») si fa vera usucapione se non indiretta-mente nella usucapione degl' immobili. — Che senso ha il frammento d... la succennata probabile mutazione eseguita da Triboniano? Anticame... la ***longi temporis praescriptio*** si applicava alle servitù con efficacia pari ... ai fondi: cioè non si acquistava per esse lo ***jus servitutis*** in se, ma un'... ***ceptio*** per difendere lo esercizio (d. § 445). Non essendo oggetto della pr... ***scriptio*** lo ***jus***, non si rendeva necessario l'aggiungere la nota d'impropr... e dire ***quasi praescriptio.*** Ma quando cominciò a darsi un'***actio utilis***, e ... quando all'epoca di Giustiniano colla ***praescriptio*** si acquistò come c... usucapione (d. § 445), cominciò anche ad esserne oggetto la ***res*** qua... avesse luogo sui fondi, e lo ***jus*** quando sulle servitù. In quest'ultima i... tesi cominciò pur anco, per le istesse ragioni che valgono nell' usucap... a verificarsi, che rigorosamente vera ***praescriptio*** non fosse, ma una qu... ***praescriptio.*** La vera ***praescriptio*** avesse luogo solo indirettamente, qu... cioè si prescrivesse il fondo a cui fossero aggiunti dritti di servitù. ... direbbe la ***d. l. 10 § 1,*** come si presenta probabilmente interpolata. P... chè in un' epoca, nella quale, come il dritto, così vie maggiorment... nomenclature inclinavano ad essere men classiche, non fu usanza lo ... stere su questo rigore di espressioni, dal quale anche nell'epoca mig... si recedeva facilmente sottintendendo (§ 423).

tesse la *j. q. usuc.*; ed a tale effetto conveniva escludere anche la *j. q. poss.* Come soddisfa Paolo a questo compito? Così « vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. » Vale a dire notando quel difetto d'importantissimo estremo d'ogni possesso delle cose, qual'è la continuità, la durevolezza dell'attività sulle cose stesse; osservando, che non si può andare *perpetuo*, *continenter* sul fondo servente. Colla esclusione del possesso sulla cosa servente viene esclusa la *j. q. p.*: ecco la prova per la nostra tesi. [1]

Articolo Secondo

Estensione della juris quasi possessio.

§ 427.

Vedo ben volentieri, che siamo ormai al punto di dichiarare quel che già ripetutamente abbiamo accennato; cioè come la *j. q. p.* si sviluppò in dritto romano nel suo primitivo concetto nelle servitù personali, e con qualche estensione di concetto nelle urbane; con maggior difficoltà, irregolar-

[1] Non mi pare buona la interpretazione, che al testo di Paolo danno Bruns *Das Recht des Besitzes, p. 80,* e Windscheid § *163, n. 11,* vale a dire che vi si faccia una prova (e prova anche infelice al dire di Bruns) per dichiarare la teoretica inammissibilità della propria usucapione nelle servitù, ma senza pratica importanza nè per la quasi usucapione nè per gl' interdetti. Questa teoretica inammissibilità rimarrebbe espressa nel primo passo del frammento. Resta senza spiegazione l'altro « vel ideo etc. », che nelle sole servitù rustiche può valere (§ 430), come di esse sole è pronunziato da Paolo. — Quanto all'ultimo inciso « Idem et in servitutibus etc. » vedi § 447.

mente, e non ad ogni effetto, fu applicata alle rustiche: di-mostrando insieme che quanto alle urbane la *j. q. p.* trova posto solo nelle positive, e non nelle negative. Nel proporre i miei pensieri in questa indagine, quanto importante altrettanto astrusa, sulla quale tanti e tanto varii sistemi sono stati tentati, m'adoprerò d'esser conciso insieme e chiaro, per quanto le deboli forze me lo consentano. — In quali servitù è riconosciuta in dritto romano la *j. q. p.*, e la relativa quasi usucapione? Dalle cose esposte rispondiamo, che dove c'è un possesso sulla cosa servente, c'è pure la quasi usucapione e perciò la *j. q. p.*; dove quello manchi, mancano pur queste. Aperta era la via, nè alcuno sforzo era a farsi nelle servitù personali, dove c'è vero possesso sulla cosa servente. Dell'usufrutto, che è a capo di esse, vedemmo ampiamente § 149 segg., esservi il vero possesso della cosa servente, cioè tutti gli estremi del possesso come da noi definito; e riconoscersi dell'usufrutto medesimo, ossia dello *jus usufructus,* un quasi possesso. Infatti, quanto è certo che tenendo la cosa per causa di usufrutto non si può usucapire la cosa stessa, mancando l'animo analogo ed altri requisiti di tale usucapione; altrettanto è certo, che chi possiede la cosa altrui spiegandovi un'attività in forma d'esercizio di usufrutto, del quale però sia privo, può quasi usucapire l'usufrutto medesimo. Del che, se ci mancano testi espressi nelle pandette, prendiamo però sufficiente prova dal fine della Costituzione di Giustiniano, che è nella *l. 12 C. de praescript. long. temp.* Ora alla *juris (ususfr.) quasi usucapio* risponder doveva una *juris quasi possessio.*

§ 428.

Quanto alle servitù prediali convien fare una distinzione capitale. Fra queste sono alcune, le quali si esercitano per mezzo di atti ripetuti, di fatti disgiunti uno dall'altro, di operazione interrotta; [1] altre per converso si esercitano col godi-

[1] Spero, che l'espressioni da noi indistintamente adoperate: Atti, fatti operazione, non incorrano nell'equivoco in cui forse sono incorsi degli autori tedeschi adoperando comunemente la parola « Handlungen; » equivoc-

mento di uno stato di cose permanente. Alle prime spettano tutte quelle servitù che il moderno linguaggio legale chiama discontinue; l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquaehaustus*, il *pecoris ad aquam appulsus*, lo *jus pascendi*, ecc. È d'uopo fissar bene, che alle medesime appartiene anche l'*aquaeductus*. Poichè, siccome già altri ha giustamente notato, [1] propriamente la servitù *aquaeductus* in dritto romano non è quella d'avere un rivo o canale sul fondo servente, per cui l'acqua, già dedotta da un terzo fondo superiore, passi sul detto fondo servente dirigendosi verso il dominante. Ma consiste propriamente nella stessa deduzione dell'acqua, *l. 9, de S. P. R.*: onde prese il nome di *aquae ductus*, e l'uso ne viene descritto colle parole « aquam duxit... duxisti, » *l. 1, pr. et pass. tit. de aqua quotid. et aest.*, *l. 1, pr.*, *§ 9, de rivis*, *§ 2*, *I. de action.* Di questa servitù può dirsi che ha esercizio per mezzo di atti ripetuti e separati; perchè ordinariamente la deduzione dell'acqua non è continua, ma si ha ad intervalli di tempo, come importano le irrigazioni alle quali suol essere diretta *l. 1*, *§ 11*, *13*, *l. 3*, *de aq. quot.* È però necessario avvertire, che in dritto romano non potè non essere riconosciuta anche un'altra men propria servitù *aquaeductus*, consistente appunto nel tenere semplicemente i rivi o canali nel terreno altrui: ed infatti la troveremo nella *l. 11, § 1*, *de public. in rem act.* (§ 443) e nella *l. 2*,

---

notato da Randa *pag. 549, n. 6.* In ogni modo avverto, che fatti, atti, operazione, intendo non solo ove sia presente l'intervento della mano o d'altra parte del corpo umano, ma anche ove avvenga una ripetizione senza tale intervento, e per mero effetto della già costituita posizione del fondo dominante verso il servente. Anche questi ripetuti avvenimenti positivi possono dirsi fatti, atti, operazioni del padrone del fondo dominante; in quanto che sono secondo la sua almeno abituale volontà e secondo la costituita posizione del suo fondo. Randa dà un esempio nella *servitus stillicidii immittendi sine projecto*, che non è quella detta ordinariamente *stillicidii* nei testi nostri (paragr. seg.). Ne aggiungo un altro nella servitù *aquaeductus* consistente nel dedurre a certi tempi l'acqua dalla cisterna od altro idoneo recipiente del vicino, senza opera manuale di deduzione, ma per semplice mezzo di canali apposti, ne' quali l'acqua or fluisca or no secondochè la superficie dell'acqua della cisterna ecc. arrivi o no alla imboccatura loro.

[1] Vedi Maynz *§ 218, n. 19.*

C. de servit. et aq. (§ 449). Alle dette cose non osta, che nella stessa definizione della servitù *aquaeductus* si dica « jus aquam ducendi per fundum alienum » *l. 1, pr. de S. P. R., pr. I. de serv. praed.* Credo, che siccome alla propria servitù della deduzione deve sempre o quasi sempre andare unita l'impropria di tener canali o rivi per la relativa necessaria condotta, *tit. ff. de rivis*; [1] così nell'uso comune del parlare sulla servitù anche propria *aquaeductus* si preferiva questo punto più visibile, più apparente, *l. 2, § 1, l. 21, l. 26, l. 33, § 1, de S. P. R., l. 10, § 1, si serv. vind., l. 2 C. de serv. et aq.* Da quest'uso comune non si separarono Ulp. e Giustiniano nel dare la definizione.

§ 429.

Alle servitù, che si esercitano per godimento d'uno stato di cose permanente, appartengono tutte quelle che oggi si nomano continue. *Tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi, stillicidii* o *fluminis immittendi* o *non immittendi, altius tollendi* o *non tollendi, luminum, ne luminibus officiatur, prospectus, ne prospectui officiatur.* E a tal novero spetta anche la impropria *aquaeductus*, di cui al paragr. preced., di tener cioè solamente nell'altrui fondo canali o rivi per condurre nel mio l'acqua già dedotta da altro fondo superiore. Randa *pag. 519, n. 2, pag. 560* riprende la comune sentenza, che alle servitù continue appartenga la *stillicidii immittendi*, come pure la impropria *aquaeductus* anche quando l'acqua scorra pe'canali ecc. ad intervalli di tempo, ed altre simili. Perchè, dice, la servitù non consiste nella costruzione che ne prepara l'esercizio, nel tener grondaja la quale progetti continuamente nell'altrui, nel tener canali continuamente sull'altrui, ecc.; ma nell'immissione dell'acqua ecc., la quale in tali servitù non è continua. Per la qual cosa Randa ascrive alle servitù continue sol-

---

[1] « C. Sennius... aquas jusque earum aquarum tubo ducendarum, ita ut recte praefluere possint, vicanis Albinnensibus de suo dedit. » *Titulus Rom. delect. a. 1819, ap. Bruns Font. jur. rom. ant. pag. 142.*

tanto quelle, nelle quali la esistenza d'una costruzione (« Vorrichtung ») esaurisce pienamente tutto il contenuto della servitù, *pag. 561.* Non mi adatterei a tali vedute del Randa. Non si deve sempre decidere la importanza delle servitù, e perciò il loro carattere di continue o discontinue, dal loro fine ultimo, dalla loro ultima manifestazione, benchè questa sia stata in verità riguardata nel semplice lavoro del dare un nome alle singole servitù. La considerazione, che merita sommo peso, è quella dell'incomodo, del gravame che arrecano al fondo servente; appunto perchè in questo consiste il *servire* del medesimo. Allorquando anche prima dell'ultima manifestazione d'una servitù ritroviamo a carico del fondo servente un incomodo che comparativamente a questa manifestazione è grave, forse più grave della medesima; e tale incomodo sia continuo; sarebbe ben futile l'ostinarsi a dire che il fondo serve discontinuamente, per la ragione che la detta ultima manifestazione è discontinua. Nella servitù *itineris* troviamo tracciato sul fondo altrui un sentiero che prepara e dispone lo andare; ma di fronte all'incomodo penoso, che arreca al proprietario di quel fondo lo stesso andare di persone estranee a traverso della sua proprietà, quello di tollerare la esistenza del sentiero è menomo. Quindi nel caratterizzare tale servitù quel sentiero preparatore non è considerato, e, quantunque esso stia continuamente, la servitù con tutta ragione viene assegnata alle discontinue come è discontinuo quell'andare. Ma riguardiamo la servitù *stillicidii.* I romani la considerarono colla grondaja progettata sull'altrui, *cum projecto,* quale anche è il più ovvio concetto di tale servitù; onde Paolo nella *l. 20, pr. de S. P. U.* si esprime « stillicidium in tuum projecero. » Ora il soffrire che una costruzione altrui progetti sul nostro è per se così serio incomodo che è atto a formare una distinta servitù detta *servitus projiciendi l. 2, eod. tit.* La servitù *stillicidii* è in dritto romano una specie di servitù *projiciendi*, distinta nel suo genere per l'aggiunta della caduta dell'acqua. Quindi nel caratterizzare la servitù *stillicidii* si deve dirla continua; perchè continua è la esistenza della grondaja, quantunque il cadere dell'acqua non avvenga che ad intervalli. Anche più

fluido è il raziocinio quanto alla suddescritta servitù impropria *aquaeductus*. Il più grave anzi l'unico incomodo del fondo servente è nel tollerare la esistenza del canale o rivo: che dentro vi corra o non vi corra l'acqua, non aumenta o diminuisce, sensibilmente almeno, il gravame. Quindi si deve dire servitù continua, non ostante che l'acqua fluisca solo in certi tempi. Mentre per converso nella propria *aquaeductus* l'incomodo di gran lunga maggiore e rilevante stà nell'ultimo fine dalla medesima, che è la perdita a certi tempi dell'acqua nostra per la deduzione fatta a pro' altrui. Di fronte a questa impallidisce il fastidio di soffrire nella nostra cisterna o fonte la esistenza benchè permanente di qualche costruzione preparatoria, come d'una imboccatura di canali o di sifoni, e di altri accessorii. Perciò ad esempio della *itineris* si attribuisce alle discontinue. [1]

---

[1] Quel che dissi riguardo alla servitù *aquaeductus* impropria, ripeto quanto alla servitù *de cloacis, l. 7, de servit.*; alla quale appartiene il *tit. 23, lib. 43, ff.* RANDA *pag. 560, n. 24* l'annovera fra le discontinue; meglio SAVIGNY *pag. 486* alle continue. Certo nulla prova per Randa la *l. 1 § 7, d. tit. de cloacis*, che il quasi possesso relativo a tale servitù segna nell'uso (« talem usum habuerit »). Giacchè questo è vero in tutti i quasi possessi relativi a qualunque servitù, tanto alle discontinue che alle continue: il quasi possesso consiste sempre in un uso. Resta intatta la questione, quale sia l'uso che costituisce quel quasi possesso. Solo nel far scorrere entro canali le immondizie, od anche prima nel tener canali a tale uopo? Il giureconsulto non parla di questo punto: noi crediamo che basti il secondo. Ancor meno prova per Randa il suo richiamarsi all'ordine delle pandette: che cioè il trattato dell'interdetto *de cloacis* vi si trovi presso a quelli delle servitù discontinue, *de aqua, de rivis, de fonte*. Se il trattato sulla servitù *de cloacis*, si trovasse nel bel mezzo di questi altri, la riflessione potrebbe valere qualche cosa. Ma nel lib. 43 delle pandette quella servitù è trattata solo dopo tutti quelli, ultima nell'esposizione degl'interdetti relativi alle servitù. Or chi rifletta, che fuori dell'interdetto *de cloacis* non v'è altro interdetto che difenda la *j. q. p.* nelle servitù continue (§ 763, 771), vedrà facilmente che l'argomento dell'ordine delle pandette sta invece per noi. Fa maggior difficoltà la *l. 2, pr. de S. P. R.* Ne parleremo § 442. Intanto notiamo, che in questo testo sono mentovate la servitù *altius tollendi* e la servitù *projiciendi*, certamente continue, ed in mezzo ad esse la *de cloacis*. Quindi nuovo argomento per dirla pur essa continua.

§ 430.

Applicando alla nostra questione, è facile il rimarcare, che nelle servitù discontinue, mancando non solo la detenzione, ma pur anco la continuità dell'agire sulla cosa altrui, importantissimo estremo del possesso, e riducendosi l'uso a ripetizione di atti tutti di lor natura momentanei, secondo le nostre premesse non esiste *j. p. q.* nella sua vera e regolare accezione, nè *quasi usucapio*. È vero, che il possesso si concepisce anche senza atto presente del corpo, ma è pur vero che si richiede almeno il supplemento d'un contatto abituale, basato sulla presunzione di un futuro rinnuovar sulla cosa la detenzione e l'azione continua (§ 286). Questo non può trovarsi nel caso, mentre l'indole delle servitù suddette esclude pur la possibilità di azione continua « nemo tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur » *l. 14, pr. de servit.* Vedremo in seguito modificazioni fatte a questi principii, che cioè a qualche effetto d'indole più facile fu riconosciuta una irregolare *j. q. p.* nelle servitù discontinue; come anche rimettiamo al discorso seguente il discutere delle ragioni di dubitare contro le cose esposte in questo paragrafo. Differisco tutto questo, per non ritardare troppo la dichiarazione della celebre nomenclatura romana riguardante le nostre presenti indagini sulle varie servitù. Appunto perchè è nomenclatura non può essere troppo a lungo dilazionata: eppure ancora dobbiamo premettere altre cose per intraprenderne maturamente l'esposizione.

§ 431.

Nelle servitù continue è mestieri suddistinguere. Ve n'ha di quelle, nelle quali lo stato permanente, che ne forma l'esercizio, consiste nello avere una costruzione a se vantaggiosa, sofferta dal vicino (*tigni immittendi*, *stillicidii immittendi*, *oneris ferendi*, ecc.). In altre poi lo stato permanente consiste solo nel ritenere il vicino impedito dal far costruzioni sulla cosa

propria, cangiamenti nella sua superficie (p. e. *altius non tollendi*). Delle prime si dice dagl' interpreti, che siano *positive* perchè han segni e manifestazioni positive, e che diano uno *jus habendi*. Tutte buone espressioni.[1] Si dice delle seconde che sono *negative* perchè sprovvedute di apparenti e positivi segni, e che danno uno *jus prohibendi*. È molto utile il discutere la opposizione che fa Randa *pag. 562* a quest' ultima denominazione, onde ben s' intenda la natura di queste servitù. Randa si allontana dalla opinione comune, che la servitù negativa consista *in jure prohibendi;* pel motivo che questo diritto è una mera conseguenza del vero contenuto della medesima servitù, qual' è il dritto ad un certo immutato stato di cosa altrui. Non mi pare che egli abbia per se la ragione. Non conviene confondere il dritto in se colle sue attuazioni. Per attuare lo *jus prohibendi* sono necessarii degli atti del padrone del fondo servente contrari alla detta servitù, e queste attuazioni non sono che conseguenze del dritto di essa servitù. Ma lo *jus prohibendi* in se nasce colla servitù e ne forma il concetto. Giacchè immaginando ipotesi, che del padrone d'un fondo constasse come egli nè abbia nè mai avrà volontà di innalzare, inetta sarebbe la costituzione dalla relativa negativa servitù. Questa si costituisce solo in vista della ipotesi di diversa volontà nel padrone, della volontà d'innalzare, onde poterla proibire, onde acquistare lo *jus prohibendi*.[2] Nè vale l'opporre che fa Randa, che anche nelle altre servitù v' è dritto di proibizione. È vero: come è vero che in ogni diritto c' è sempre

[1] Non mi sembra egualmente felice l'espressione adoperata per le servitù discontinue, che cioè diano uno *jus faciendi:* mentre la parola *facere* nella sua piena accezione (§ 428, n. 1) conviene anche alle continue positive. Si dovea dire, che quelle danno uno *jus iterato faciendi*.

[2] È da notare, che Randa stesso quando descrive l'esercizio, o, com'esso con altri lo chiama, il possesso di tali servitù negative, dice consistere il medesimo nello stato immutato della cosa in seguito della volontà espressa dal padrone del dominante, *pag. 562, seg.*, cui si adatti la volontà del padrone del servente *pag. 570.* Vedremo in seguito che quando Randa nello enumerare i casi di tale esercizio ve ne pone alcuno, che non è veramente di proibizione di quello e di acquiescenza di questo, non solo và contro il carattere di tali servitù, ma contro se medesimo (§ 433).

la facoltà di proibire le opposizioni. Se non chè nelle servitù positive oltre questo dritto di proibire v'è pure il dritto di fare anche indipendentemente dalla volontà del padrone del fondo servente. Poichè fare nell'altrui non potremmo in massima, nè contro la volontà nè senza la volontà del proprietario. Quindi si concepisce la utilità della costituzione della servitù ancora nel senso, che possiamo fare all'infuori della volontà suddetta; non è necessario per dire utile la costituzione, che ci riportiamo ad ipotesi di opposizioni da essere proibite, allo *jus prohibendi*. C'è pur questo al certo, ma come parte integrante d'uno *jus* più vasto, dello *jus agendi sine voluntate domini*. Mentre nelle negative v'è solo *jus prohibendi*, che perciò è bene adoperato, come assorbente, a significarle.

§ 432.

Rapporto alle servitù continue positive esiste *j. q. p.* e relativa quasi usucapione? Rivolgiamoci secondo il nostro assunto ad esaminare, se esista in esse possesso sulla cosa servente. Propriamente parlando tal possesso non è, perchè manca la detenzione di questa cosa. Poichè quantunque l'azione del tatto nel possesso possa esser supplita da una cosa che sia stromento della mano (§ 216), e qui abbiamo un nostro *tignum* immesso o una parete che posa sull'edifizio del vicino; però quella cosa dev'essere istromento destinato alle apprensioni (d. § 216), e niuno può senza incorrere nel ridicolo eguagliare il rapporto di quel nostro *tignum* o parete verso l'immobile del vicino con quello della pala verso i lapilli da noi raccolti, o della cuspide verso la belva che vi teniamo infissa. — Ciò non ostante, urgeva la necessità di applicare le usucapioni, aumentata dalla considerazione, che se gli esercizi di fatto di tali servitù non passassero a dritti per mezzo di quasi usucapione, spesso si vedrebbero atterrate quelle costruzioni che l'informano e la città sarebbe deturpata da ruine: considerazione, cui tante anomale sanzioni si collegano nel dritto romano. Pertanto si considerò opportunamente, che se manca vera detenzione del fondo al-

trui, esiste però un' azione positiva, e continua, esercitata sul medesimo; azione, la quale mancando con siffatte qualità nelle servitù discontinue, rendeva in queste ben più lontana la idea del possesso. In quell'azione si ravvisò un facile supplemento alla detenzione. Fu riconosciuto un certo possesso sulla cosa altrui; e quindi fu per regola ammessa la *j. q. p.* e la *q. usuc.* Ora mi si permetta di ripetere quel che notai § 425 sulla *l. 20, pr. de S. P. U.*; cioè che Paolo nel descrivere quel possesso, che è nelle servitù di cui parliamo, si esprime « possideo habendi consuetudine... *in tuo* aliquo utor, et sic *quasi* facto quodam *possideo.* » Si ritrova tutto intero il pensiero che abbiamo sviluppato.

§ 433.

Sulle servitù continue negative è mia opinione, che non vi esista nè *j. q. p.* nè *q. usuc.* — Esaminiamo in che consista il loro esercizio per poi vedere se possa riconoscersi in questo la *j. q. p.* Da che è formato l'esercizio delle servitù continue negative? Fu opinione di pochi antichi, che noi esercitiamo tali servitù col solo non fare del nostro vicino; opinione che seguita anche da Savigny nelle prime edizioni della sua opera, venne poscia e da esso e dagli altri scrittori [1] abbandonata con ragione. Imperocchè quantunque stia per noi, in nostro favore, lo stato puramente materiale delle cose: ciò può essere del tutto casuale, può essere che il vicino si astenga dal fare non già per uniformarsi a nostre pretese, ma per propria elezione come padrone; lo che nulla ha che fare colla servitù, nè offre l'esterno carattere spiccato del suo esercizio. Affinchè principii cotesto esercizio, conviene che dal padrone del dominante venga espressa la volontà che il padrone del servente non muti la forma attuale della sua cosa, e che costui in realtà non faccia mutazione precisamente perchè si accomoda a quella volontà. Quindi la comune sentenza

[1] Eccettuato forse il solo HEDEMMAN *Ueber Erw. und Schutz der Servit.* *1864. pag. 161, seg.*

ottimamente ritiene, che cominci l'esercizio colla proibizione da una parte e l'acquiescenza dall'altra. Non importa in qual modo e quella e questa siano esposte, ma è mestieri che esistano. Sia che il padrone del servente tenti di mutare, il padrone del dominante si opponga e quello desista. Sia che quello esprima soltanto o a terze persone o all' istesso padrone del dominante, anche in modo amichevole, il suo animo a fare, ed alla proibizione di questo si acquieti. Sia che il padrone del dominante cominci con una protesta diretta al padrone del servente, che non debba fare, e costui non faccia nè protesti in contrario (ved. not. 3), o nel protestare in contrario non dica che se si astiene dal fare ciò è per sua indipendente elezione e comodo proprio. [2] Sia che anche per forza di giudizio nella confessoria sia stata la volontà del padrone del fondo dominante imposta al padrone del fondo servente. — Non credo che abbiano ragione Savigny *p. 484, seg.*, Mackelday *§ 321.*, Böcking *§ 126.*, Randa *pag. 568*, aggiungendo, che basti il contratto stesso o l'accettato legato di servitù, per la ragione che d'allora in poi è necessario il non fare. Il contratto, il legato accettato possono bensì operare per la formazione del dritto della servitù, ma non del suo esercizio secondo le cose discorse. D'allora in poi è il non fare necessario di dritto: ma *quid* del fatto? Nel contratto, nel legato si stabilisce, che lo stato attuale non sarà mutato dal padrone del fondo anche se ne avrà la voglia e lo credesse opportuno. Ma ciò non significa, che esso padrone abbia di fatto tale voglia presentemente: mentre e adesso e anche in avvenire può facilmente essere, che ei non faccia solo perchè non vuole e seguiti a non volere pel proprio interesse. Manca di fatto la volontà del padrone del dominante imposta al padrone del servente; manca l'esercizio di servitù. [3] Allora potrebbe col contratto stesso o coll'accettato le-

[2] Che se protestasse dicendo solamente, che la pretesa dichiarata dall'altro è ingiusta, e che esso cede a malincuore a tale ingiustizia, non toglierebbe l'esercizio di fatto della servitù. Così bene Randa *p. 571, no. 17.*

[3] Furono più conseguenti quegli antichi scrittori (ed anche oggi Thibaut *Besitz § 16*), i quali dissero, che se alcuno vuol prendere l'iniziativa

gato coincidere l'esercizio, quando a quell'epoca il padrone del servente fosse disposto ad eseguir mutazioni, e cessasse in vista della costituzione della servitù. Ma questa è coincidenza accidentale, e non nasce dalla virtù stessa del contratto e del legato. — Fatto questo primo atto di proibizione e di pazienza, comincia l'esercizio, e dura anche se non si ripetano proibizioni e relative pazienze, ma nulla si faccia. Questo stato d'inazione, insufficente a dar principio all'esercizio, è atto a farlo perdurare. Perchè è vero, che se le cose stanno come si trovano, se il fondo rimane a quel livello, ciò è conseguenza di quell'atto di proibizione e pazienza, senza il quale l'edificio si troverebbe più alto. Il possesso del padrone del fondo servente trovasi così limitato in forza di quell'atto medesimo.

§ 434.

Pertanto due sono i fattori dell'esercizio delle servitù negative. Un primo atto positivo di proibizione e di pazienza. Uno stato, che è bensì stato di continuo esercizio e continua relativa pazienza in quanto che si riferisce a quel primo atto positivo del quale è durevole e continuato effetto, ma riguar-

---

per entrare nel quasi possesso, com'essi lo chiamano, delle servitù negative, è necessario primieramente ch'egli emetta protesta diretta al proprietario del fondo vicino, esprimente la proibizione di fare contro il dritto di servitù. Se l'altro non risponda nel modo che abbiam descritto nel testo, manifesta che se non fa, ciò è perchè, o almeno anche perchè gli viene in questo modo proibito; essendo caso che *ex moribus civitatis* il silenzio si interpreta per assentimento. È notevole, che quantunque alcuni Codici moderni, come il prussiano il sassone e quel di Zurigo, per quel quasi possesso non richieggano che lo stabilimento o il riconoscimento del dritto di servitù; pure alcuni loro commentatori affermano essere ciò introdotto da tali Codici per evitare quell'inutile giuoco (« Spilereien ») di proteste, ovvero esser quella una singolarità. Poichè ho accennato a Codici moderni non tacerò in questa occasione, che è da preferirsi la prescrizione del Codice italiano *art. 631, capov.* « Nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo. »

dato in se è stato di mera e perfetta inazione, in cui cioè nè si esprime alcuna volontà del padrone del dominante a proibire, nè esiste ancora volontà del padrone del servente ad adattarsi a proibizione. — Nè nell'uno nè nell'altro di questi fattori troviamo il concetto di possesso. Non nel primo atto, perchè come unico è insufficente di sua natura all'idea di possesso, alla quale non bastano atti positivi, di loro natura momentanei (§ 39), ossia non facenti parte di una serie continuata di atti simili positivi. Non nel secondo, che presenta la durata dell'esercizio di tali servitù, ed essendo durevole e continuo le manda fra le continue; perchè quel continuo esercizio e pazienza non vi si trova per propria natura di questo stato ma solo in quanto esso è riferito all'atto che lo generò, per se è di semplice inazione; ora al concetto del possesso è sostanzialmente necessaria attività, di sua propria natura ed indole, positiva (d. § 39). Ogni idea di possesso è tanto lontana, da non potere essere invocata in alcun modo anche estensivo, anche irregolare. Sono stato alquanto diffuso nel cercar di provare questa mia opinione, perchè molti dopo Savigny *pag. 485*, riconoscono quasi possesso anche nelle servitù negative, benchè sia poi latissimo il disaccordo nel definirlo. Fra i recenti però v'è chi in conchiusione esclude il quasi possesso; per esempio Hufeland *Geist des röm. Rechts vol. 2. pag. 81.*, e Bélime *Traité du droit de possession § 265.* [1] Non posso omettere di rispondere ad una osservazione che

[1] Bélime accenna in principio del discorso alla ragione che credo vera scrivendo, che le servitù consistenti *in non faciendo* non sono suscettibili di alcun possesso per la ragione che lo esercizio di esse non suppone alcun atto di godimento, e le medesime tendono soltanto ad impedire delle operazioni nel fondo servente. Ma abbandonando tali idee soggiunge, che se il giudice avesse a pronunciare in una causa di questa specie, non potrebbe prender lume dalla prova sul fatto dello stesso possesso; che non v'è alcun possesso, alcun atto estrinseco di godimento al quale il giudice possa attenersi onde definirlo. Lascia le ragioni intrinseche, e si appiglia ad una ragione estrinseca, alla impossibilità di riconoscimento dell'esercizio di servitù. Ragione, mi sembra, non buona; giusta le cose dette nel posto dello essere questo esercizio originato da atti esterni di proibizione e pazienza, che lo constatano.

fa il Machelard *Interdicts en droit rom. pag. 218* per difendere questo quasi possesso nelle servitù negative. Egli crede che chi nega tale quasi possesso si trovi nella necessità di conchiudere, che un venditore di servitù negativa possa per qualche tempo sottrarsi all'osservanza della convenzione, e far condannare coll'*uti possidetis* l'acquirente il quale si opponga alle costruzioni. Non ci sentiamo punto in simil necessità. Il venditore, cominciato dall'acquirente l'esercizio della servitù, non ha più l'*uti possid.* per impedirlo; giacchè il suo possesso è stato da quell'esercizio limitato, e coll'interdetto *retinendae* si conservano soltanto i possessi come li abbiamo (*uti possidetis*) all'epoca dell'impetrazione. Dal non aver l'acquirente una *j. q. p.* non si può dedurre, che dunque il venditore ha un pieno possesso della sua cosa nonostante il cominciato esercizio della servitù venduta. Inoltre è da riflettere che l'acquirente, ed in genere lo esercente una servitù negativa ha esso stesso un interdetto *uti possidetis* a difesa di tale esercizio; benchè non basato su' alcuna *j. q. p.*, ma sul suo possesso nel proprio fondo dominante, come dimostreremo § 773.

§ 435.

Però conviene spiegare come nelle servitù negative, pur non trovandosi quasi usucapione delle servitù stesse, ben abbia luogo una *usucapio libertatis;* lo che sembra a prima vista una contradizione — È noto, che le servitù discontinue si perdono col tempo per semplice *non usum*, le continue non senza *libertatis usucapio* per parte del padrone del servente. Se si eccettui Zachariae von Lingenthal *Ueber die Untersch... zwisch. Serv. rust. und urb., pag. 70, seg.* (seguito da Elvers *§ 40*), che vuol slargare i confini della *libertatis usucapio;* e se si prescinda dalla opposizione, che in senso scientifico ha fatto non alla cosa in se ma alle parole il Maynz *§ 231;* la distinzione è universalmente abbracciata. Non accetterei però la spiegazione che suol darsi alla descritta differenza. Avere le servitù discontinue esercizio ne' soli atti ripetuti: cessando

questi, cessare ogni esercizio: aver le continue l'esercizio in uno stato; non cessare tale esercizio finchè non venga tolto per atti del padrone del fondo servente. Questa seconda parte credo generalmente inesatta. Se il padrone del fondo dominante nella *tigni immittendi* tolga via il trave; benchè non abbiamo alcun atto del proprietario del servente, non si può dire che la servitù sia più esercitata. Imperocchè quantunque, non otturando il forame, resti una parte dello stato che contribuisce a poter esercitare la servitù, pure lo avere il forame è qui veramente preparazione di esercizio, e non esercizio. Vero egli è, che nel caratterizzare l'importanza delle servitù ed il loro esercizio rispettivo devesi riguardare l'incomodo relativamente grave, anche se non consista in esso l'ultima manifestazione (§ 429). Ma nel caso lo avere il padrone del servente un buco nel proprio è lieve incomodo, mentre il veramente grave è il sostenere l'appoggio del trave. In questo solo è da segnalare il finale esercizio di questa servitù: questo mancando, anche senz'atto del padrone del servente l'esercizio cessa. Ciò si ritrova ancor più manifestamente nella *oneris ferendi*. Se il padrone del dominante tolga via la parete che poggiava sul vicino; resta la colonna o muro che sosteneva, e che facendo parte della casa del vicino stà in quella posizione e figura, nella quale star potrebbe senza aver mai servito e senza esser mai per servire. Nulla resta nell'esercizio attuale della servitù, quantunque nulla abbia fatto il proprietario del servente. Queste cose sono confermate da Gajo *l. 6, de S. P. U.* « Haec autem jura (praediorum urbanorum) ut rusticorum quoque praediorum [1] certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est: quod non omnino pereant *non utendo*, sed ita *si* vicinus *simul* libertatem usucapiat. » Dunque non comincia di sua natura il *non usus* nè cessa l'esercizio attuale solo allora quando comincia la *libertatis usucapio*, ma prima e indipendentemente da essa. Nè la sentenza, che abbiamo qui confutata, vien

[1] Vedremo § 441, segg., che *servitutes praediorum urbanorum* sono le continue, *praed. rusticorum* le discontinue.

punto soccorsa da Paolo *l. 20, pr. de S. P. U.* che delle servitù *tigni immittendi, projiciendi, stillicidii immittendi* dice che « possessione retinentur; » quasi che dunque finchè tali dritti di servitù durano, finchè coll'*usuc. libert.* non si perdono debbasi riconoscere la sussistenza del quasi possesso e perciò dell'esercizio. Mentre il « retinentur » di Paolo non ha che fare col dritto delle servitù nè esprime la durata del medesimo; ma esprime soltanto la ritenzione di tali servitù, lo stato di fatto che si presenti come loro esercizio. Come a questo riguardo il giureconsulto adoperi la parola « possessione » vedi § 425 e 440.

§ 436.

Spiegherei piuttosto nel modo seguente. L'idea generale che domina questo modo di perdere le servitù, è che il non uso, il non esercizio attuale e presente generi la perdita. Come in natura il non esercitarle guasta le cose, così pure in diritto.[1] Però il dritto nostro, temperato sempre, ed in peculiar modo in materia così grave di estinguer diritti, vuole, quando è possibile, qualche cosa oltre il semplice non esercizio; vuole oltre il non uso la *libertatis usucapio*. Bisogna comprendere esattamente questa espressione. La *libertas* nei fondi non è uno *jus in re* avente autonoma natura separata dagli altri dritti; è una funzione del dritto di proprietà, è la facoltà di valersi della cosa propria illimitatamente, in vista delle possibili restrizioni che esisterebbero se sulla cosa stessa competessero ad altri delle servitù. *Usucapio libertatis* è riac-

[1] Quantunque, come vedremo § 472, seg., 476, la *j. q. p.* e relativo uso della cosa altrui in figura di servitù si rinvengano anche senza attuale esercizio ma semplicemente abituale, ossia per via di una determinata possibilità dell'attuale; pure talvolta uso vien detto solo quello attuale. Precisamente come nella *rei possessio*, quantunque all'elemento corporale sia soddisfatto coll'agire meramente abituale; pure laddove è meramente tale spesso si nega la presenza dell'elemento stesso e si dice possesso *nudo animo, solo animo*. Nel nostro punto, ove si tratta di perder la servitù per difetto di attuale esercizio, quando si dice che si perde per non uso, la espressione è presa certamente in questa ristretta accezione.

quistare questa funzione del dominio per mezzo d'illimitato esercizio della proprietà, consistente in atti dal proprietario direttamente opposti all'uso d'una servitù fatto precedentemente sul proprio fondo; quando questo esercizio di proprietà sia continuo e diuturno. Continuo, dico, perchè l'idea di qualsivoglia usucapione porta con se quella della *continuatio* di un esercizio, *l. 3*, *de usurp. et usuc.* Ogni qual volta questa *libert. usuc.* è possibile, essa è richiesta. Quando essa non è possibile, basta il non esercizio del proprietario del dominante per produrre col tempo perdita del dritto di servitù. [1] Vediamo dove sia possibile, e dove non lo sia. Quanto alle servitù discontinue; riguardato il loro vero e proprio concetto, esse hanno un attuale esercizio sul fondo servente solo in atti ripetuti e staccati. Non concependosi alcun esercizio attuale continuo, non si può neppure avere una continua pazienza nel loro esatto concetto. Non concependosi continua pazienza, non si può tampoco intendere contro di esse così propriamente riguardate alcuna opposizione continua. Dunque non la *libertatis usucapio:* e perciò basta ad estinguerle il non uso, il non esercizio. Si accorda Paolo *I*, *17*, *1*. « Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur; nec enim usucapi possunt, quae non utendo amittuntur. » La negata usucapione non si deve intendere in questo frammento della quasi usucapione dello *jus servitutis*, che veramente non ha luogo in tali servitù; perchè ciò nel discorso di Paolo sarebbe enunciato senza opportunità e senza connessione. Paolo significa, che il modo di perdere col tempo le servitù *viae*, *itineris*, *actus*, *aquaeductus* (discontinue) è solo quando durante questo tempo abbia avuto luogo il semplice non uso, e che non vi si può ritrovare anche il caso di perdita per *usucapio libertatis;* giacchè

[1] S'intende facilmente, che i romani riguardarono le servitù per categorie. Se in una categoria fosse concepibile la *libert. usuc.*, vollero che mai vi bastasse il solo non uso; benchè per circostanze di qualche fattispecie la detta *libert. usuc.* non fosse talvolta possibile, come ne' casi della *l. 18, § 2, quemad. serv. amitt.* e della *l. 32, § 1, de S. P. U.,* de' quali parleremo più sotto.

l'istesso esser ammessa per quelle servitù la perdita per semplice non uso importa, che era impossibile ritrovarvi la medesima *usuc. libert.*

§ 437.

Per converso nelle servitù continue esiste uno stato di cose, che forma un permanente attuale esercizio delle medesime sul fondo servente, e relativa continua pazienza. Quindi in esse si concepisce ottimamente una continua opposizione e la *usuc. libert.* Dunque per estinguerle col tempo ci vuole e il non uso, ed insieme anche la *libert. usuc.*, il solo non uso non basta, *d. l. 6, de S. P. U.* — Pertanto nella servitù *itineris*, nella propria servitù *aquaeductus* ecc. basta per la perdita, che il padrone del fondo dominante per tanto tempo non vada, non tragga l'acqua ecc. Lo vedemmo da Paolo *l. 17, 1,*; lo troviamo ripetuto dal medesimo *ib. seg. § 2.* « Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio *omissa* intercidit, » e nella *l. 4, § 27, de usurp. et usuc.* Ma nella servitù *tigni immittendi* non basta, che io padrone del dominante abbia estratto il *tignum*. Come non basta ch'io non abbia immesso il *tignum* pel motivo che l'edifizio servente cadde in ruina e rimase non ricostruito per tutto quel tempo. Ben lo dice Paolo *l. 18, § 2, quem. serv. am.;* data la ragione, perchè non può dirsi fatta usucapione di libertà dove non esiste un atto dell'usucapiente diretto ad opporsi alla servitù « non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui jus tuum non interpellavit. » Raziocinio perfettamente eguale alla spiegazione da noi data alla *libert. usuc.* Ma per l'effetto della estinzione si richiede, che tu padrone del servente abbi otturato il forame, onde il *tignum* fu da me estratto, e così sian restate le cose pel tempo costituito. Mentre « si nihil novi feceris » il dritto di servitù resta intiero, come dice Gajo *d. l. 6, de S. P. U.* A ragione osserva Randa *pag. 618, n. 19,* bastare anche se il padrone non del dominante ma del servente abbia estratto il *tignum* per via di fatto; poichè anche a questo modo *aliquid novi fecit* in opposizione dell'esercizio di tale servitù.

§ 438.

Ciò che dicemmo nel paragr. precedente è vero in tutte e servitù continue: anche nelle negative. V'è in queste uno tato, il quale per sua natura, e per se, è stato d'inazione, ve però si ravvisa un qualche continuo esercizio, una spe- ie di continua pazienza in vista della sua origine (§ 433). Non sufficente per quella sua natura a costruire una *j. q. p.*, certo bastevole perchè s'intenda una continua opposizione la *libert. usuc.* Quindi è la medesima necessaria. Così se la ua casa debba alla mia la servitù *ne luminibus officiatur*, non asta per la perdita, che io abbia tenuto chiuse le mie fi- nestre, ma è d'uopo che tu edifichi alto e così tenga il tuo difizio pel tempo designato, Gaj. *d. l. 6*, *de S. P. U.* E Paolo . *4, § 29, vers. Itaque si*, *de usurp. et usuc.* dice tolta la ser- vitù *altius non tollendi* solo se il padrone del servente abbia enuto « per statutum tempus altius aedificatum. » Perciò Giuliano *l. 32*, *§ 1*, *de S. P. U.*, affinchè altri abbia liberato l suo fondo da una servitù *altius non tollendi*, richiede in esso l possesso del fondo medesimo; giacchè altrimenti non può lispiegare quella positiva continua azione che è nel concetto lella *libert. usucap.* (§ 436). Del pari s'intende con quale op- portunità Giuliano aggiunga in fine « Natura enim servitu- um ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur pos- sessionem earum habere, qui aedes possidet, » periodo spie- gato nel § 425. Non perchè il giureconsulto parla d'un certo possesso di servitù dopo essersi occupato della negativa *al- ius non tollendi*, han ragione quegli autori che affermano o lubitano trovarsi in questo frammento una ricognizione della *. q. p.* nelle servitù negative. Giuliano vuole soltanto con- chiudere il suo discorso con un'analoga osservazione gene- rale, siccome sovente si fa dagli scrittori di larghe vedute. Con quell'espressioni significa: Le servitù in niun modo sono n rapporto col possesso se sian prese per se ed astraendo lal fondo servente; tanto se si consideri la usucapione delle servitù stesse ossia pel loro acquisto, e relativo possesso

quanto se si riguardi la usucapione della libertà ossia per la estinzione, e possesso relativo. Nella usucapione per acquistare, quando è ammessa, si trova sempre un qualche possesso proprio od improprio d'oggetto corporale, del fondo servente. E così nella usucapione per estinguere, quando è luogo ad essa, si ritrova pure il possesso di cosa corporale, parimenti del fondo servente.

§ 439.

Prima di sciogliere altri argomenti, che da alcuni tes... prendono i sostenitori del quasi possesso nelle servitù negative, è necessario che parli d'un punto al quale accennavo § 430, e che appartenendo alla terminologia romana nella nostra questione, non deve essere ulteriormente differito ora che siamo alla portata di poterlo ben definire. Abbiamo stabilito che quanto alle servitù prediali non ha luogo regolare *j. q. p.* nelle discontinue, e può trovarsi con i suoi effetti nelle continue soltanto, precisamente nelle continue positive. I romani sempre solleciti di distinguer coi nomi le cose distinte nella efficacia, vollero segnare con diverse denominazioni quelle servitù, nelle quali non avea luogo la *j. q. p.* nella sua vera accezione, da queste, ove la medesima era stata rinvenuta. Non avendo conosciuto i nomi di discontinue e continue dei quali si valse un'età posteriore, ne ebbero degli altri. Chè appunto per questo credo dai romani introdotta per le servitù prediali una doppia distinzione; lo che certamente non fecero senza utilità e per mero gusto d'inventare nomenclature. La prima è: *Servitutes quae in solo*, e *servitutes quae in superficie consistunt*. La seconda è: *Servitutes rusticae* o *praediorum rusticorum*, e *servitutes urbanae* o *praediorum urbanorum*. Nel gran dissenso degli scrittori sullo intendere coteste denominazioni credo, che fossero inventate appunto per esprimere la suenunciata importantissima duplice categoria di servitù; che in mancanza delle ricordate nostre espressioni più dirette, fossero i nomi desunti da men dirette considerazioni. [1]

---

[1] Che la recente distinzione in servitù continue e discontinue contrasti colle romane che siamo per esporre, già altri ha sostenuto, cosicchè ce-

§ 440.

Considerarono i romani, che le servitù, nelle quali lo esercizio consiste in atti staccati e ripetuti, non suppongono necessariamente il concetto d'una qualche costruzione innalzata sul suolo; che possono essere indipendenti da qualsivoglia stato di superficie: il suolo stesso può bastare a tale esercizio. L'*iter*, l'*actus*, la *via* possono essere esercitate senza alcuna costruzione che s' innalzi sul suolo. Non dico, che talvolta costruzioni non vi siano, come se il passaggio fosse a traverso della tua casa alla mia; non vi sono sempre, non sono necessarie. Ma quelle servitù, che si esercitano per uno stato permanente, si riferiscono sempre al concetto di tal costruzione di una *superficies;* sia nello averne una a noi vantaggiosa, *p. e. altius tollendi*, *tigni immittendi*, *oneris ferendi* ecc.; sia nel vietare al vicino di averne una a noi svantaggiosa, come *altius non tollendi.* Poichè l'espressione « consistere in aliqua re » significa esser fondato sopra una cosa, perciò delle prime i romani dissero che *in solo consistunt,* delle seconde che *in superficie consistunt.* Paolo *l. 3, de servitut.* « Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. » Prova della data spiegazione è in Paolo stesso *l. 20, pr. de S. P. U.* Mentre il giureconsulto segnala le servitù nelle quali si possa adoperare la nomenclatura del possesso (§ 425) e ritrova ciò in servitù esercitate non con atti staccati ma con uno stato continuo, nella *tigni immittendi* nella *projiciendi* e nella *stillicidii immittendi;* raccoglie la sua tesi in questo principio « Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. » Ossia: Nelle sole servitù che *in superficie consistunt* è possibile il possesso, ad esclusione dell' altre che *in solo consistunt* ove non si

---

cordiamo almeno in questa idea fondamentale. Specialmente per la divisione in urbane e rustiche citerò Unterholzner *Ausführl. Entw. der gesammt. Verjähr. II, § 190 segg.,* Sintenis *Das prakt. gem. Civilrecht. I, § 62 n. 15,* Maynz *§ 218.* — Che poi le due divisioni *in solo, in superficie,* e *rustiche, urbane,* siano perfettamente analoghe, vien sostenuto da Von der Pfordten *Civ. Arch. XXII, 2, pag. 10,* Doveri *I, pag. 560 seg.*

può egual possesso rinvenire. [1] Concorda Ulp. *l. 3*, *§ 5*, *de possid.*, ove col nome *superficies* chiama la *projectio* che trovasi nella servitù continua *projiciendi* (§ 684). D'altra parte Giavoleno *l. 13*, *pr. de S. P. R.* della discontinua *itineris*, della quale si occupa in tutto il frammento, dice che » ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet; » ossia essa non ha bisogno di superficie.

§ 441.

A questa prima nomenclatura i romani ne aggiunsero un'altra ancor più acconcia agli usi degli uomini. Notarono, che quelle servitù, nelle quali l' esercizio consiste in uno stato permanente ed ha sempre bisogno del concetto d'una costruzione (*superficies*), si trovano ordinariamente in fondi urbani (lo esporremo fra poco); mentre le altre, che si esercitano per fatti ripetuti e desiderando necessariamente il solo suolo possono stare senza costruzione, ordinariamente si trovano in fondi rustici. Quindi da ciò, che generalmente accadeva, chiamarono le prime *urbanae* o *praediorum urbanorum*, le seconde *rusticae* o *praediorum rusticorum*. Chiare in proposito sono tutte le enumerazioni delle speci singole, che per ciascuna delle due classi ci danno gli autori del nostro dritto. Alle urbane vengono riportate le speci ove l'esercizio consiste in uno stato ed ha bisogno del concetto d'una *superficies*, *l. 1*, *l. 2*, *l. 3*, *et pass. tit. de S. P. U.*, *§ 1*, *I. de serv. praed.*: alle rustiche le speci nelle quali l'esercizio è in atti staccati e senza necessità di quel concetto, *l. 1*, *et pass. tit. de S. P. R.*, *pr. I. d. tit.* Chiaro anche Gajo *l. 6*, *de S. P. U.* Distingue il diverso modo di estinguere le servitù per tempo.: mentre le discontinue si perdono per solo non uso, le continue per usucapione di libertà, come importa appunto la loro natura di discontinue e di continue (§ 436 seg.); quanto alle prime si vale della espressione *jur*

[1] Con che non inchiude punto tutte e singole quelle che *in superf. consist.*; non quelle che importano esclusivamente lo impedire il vicino di costruire nel suo. Paolo riconosce, che possesso è soltanto nella classe delle servitù che *in superf. consist.*, complessivamente considerata.

praedior. rusticor. quanto alle seconde dell'altra *jura praed. urbanor.* Chiaro finalmente Paolo *l. 14. pr. de servitut.* (§ 426), che per designare con un nome le servitù, ove non è luogo a quasi usucapione per difetto di continuità di possesso, le annuncia precisamente « servitutes praediorum rusticorum. »

§ 442.

Sembrano far ostacolo tanto Ulp. *l. 11, § 1, de publ. in rem act.,* che attribuisce alle urbane la servitù *aquaeductus* la quale nella sua propria accezione è discontinua, quanto Nerazio *l. 2. pr. de S. P. R.* che annovera alle servitù *rusticorum praedior.* diverse che hanno l'esercizio in istato continuo, l'*altius tollendi*, la *de cloacis* (§ 429, n. 1), la *projiciendi.* — Per ben spiegare convien premettere, che i giureconsulti non erano pienamente d'accordo nel definire quali fossero a dirsi *praedia urbana*, e quali *praedia rustica.* Della esistenza di questa disputa è una indicazione nelle espressioni d'Ulp. *l. 198, fi. de V. S.;* e delle controversie conseguenti nella designazione delle servitù singole alle urbane e alle rustiche, è testimonio Giustiniano *§ 2, I. de serv. praed.* Discutevasi se la differenza dovesse dedursi dal luogo dove si trovavano, o dalla loro destinazione. La sentenza più comune era, che non dovesse prendersi la definizione dal luogo; non importasse se il predio si ritrovasse in città o in campagna; solo avesse a considerarsi se era disposto per abitare, per dirlo urbano, ovvero per la percezione e conservazione dei frutti naturali, per dirlo rustico. Per la qual cosa Ulp. *d. l. 198, de V. S. vers. vel si praetoria*, e *vers. Plane* diceva urbani gli edifizi che si trovassero in campagna per abitarvi a causa di diletto (*praetorium*), e rustico ogni orto destinato principalmente a render frutti. Questa opinione era anche la più razionale; poichè nella scienza del dritto le cose vanno riguardate piuttosto dal loro essere intrinseco che dal luogo ove per avventura si ritrovino. Così Alfeno *l. 60, § 1, de l. 3*, Paolo *l. 99, pr. eod.*, Labeone *l. 12, de supellect. leg.*, Pomponio *l. 166, pr. de V. S.* ritengono che la *familia rustica* si debba distinguere dalla *urbana* non dal luogo ove i servi si trovano

ma dalla disposizione del padre di famiglia; benchè Paolo ci manifesti che anche in questo punto era fra' giureconsulti dissenso. Così Paolo e Labeone *l. 4, § 5, de penu leg., d. l. 12, de supell. leg.* dicono *urbana penus* quella, che, ovunque si trovi, è disposta *urbico usui.* Così Labeone stesso *d. l. 12, de supell. leg.* stabilisce, che l'*urbana supellex* si deve stimare dall'uso urbano e non dal luogo urbano « multumque interest penus et supellex ea, quae in urbe sit, an urbana legetur, vel promittatur. » L'unica difficoltà veniva dalla etimologia, *urbana* da *urbs*, *rustica* da *rus*; onde sembrava doversi i predi distinguere dal luogo. Ma ben potevano rispondere i molti giureconsulti che stavano per la descritta opinione, che per un giusto assegnamento di nomi basta ciò che per lo più accade, e che i nomi fissati una volta non si mutano perchè in qualche caso l'etimologia fallisca. Ora è certo, che, essendo le città costituite per lo abitare, e la campagna lasciata alla coltura dei frutti naturali, per lo più i predi disposti ad abitazione sono in città, quelli disposti per quella coltura sono in campagna. Ciò bastava a spiegare l'etimologia; benchè non dovesse riguardarsi esclusivamente in uno specifico apprezzamento de'nomi *praedium urbanum* e *praedium rusticum.* — Però è da osservare, che questi stessi giureconsulti presero talvolta la disposizione e relativa definizione de'*praedia urbana* e dei *rustica* non direttamente dalla loro destinazione, ma dalla loro materia. È certo, che da una parte non solo per lo più ma quasi sempre i predi destinati ad abitare consistono in costruzioni, e che dall'altra non solo per lo più ma quasi sempre la terra lasciata senza costruzioni è destinata a frutto. Quindi Ulp. *d. l. 198, pr. et vers. quia urbanum, l. 1, pr. comm. praedior.*, e *l. 13, pr. de fundo dot.* prende la distinzione dalla materia, e chiama predio urbano ogni edifizio sia in città sia in villa; come anche Giustiniano *§ 1, vers. quoniam, I. de serv. praed.* Però in questo grave punto della definizione, sulla materia non insistevano esclusivamente. Riportandosi costantemente alle scientifiche idee, appena s'incontravano in un terreno senza costruzioni destinato per avventura a comodo dell'abitare, p. e. in orto non destinato principalmente al reddito ma unito alla casa per

più deliziosa dimora, lo dicevano *urbanum praedium*, *d. l. 198*, *vers. Proinde.* Appunto perchè entra nel concetto dell'abitazione e della *domus*, Ulp. *l. 5, § 3, junct. pr. de injur. et fam. lib.* E viceversa appena s'imbattevano in una costruzione destinata pei frutti, la chiamavano *aedificium rusticum.* Fiorent. *l. 211, de V. S.*

§ 443.

Questo trovarsi quasi sempre diversa la materia de' fondi urbani ossia destinati ad abitazioni, e dei rustici ossia destinati al frutto naturale, ebbe capitale influenza nella etimologia delle parole *servitutes urbanae* o *urbanorum praediorum*, *servitutes rusticae* o *rusticorum praediorum.* Giacchè se a formare i nomi basta ciò che accade per lo più, a maggior ragione basta ciò che avviene quasi sempre. Se i fondi rustici quasi sempre consistono in terra priva di costruzioni (*in solo*), gli urbani quasi sempre in costruzioni (*in superficie*); venne fluidamente, che le servitù discontinue che si dicevano *in solo consistere* venissero pur chiamate *rusticae* o *rustic. praedior.*, e le continue che si dicevano *in superficie consistere* venissero dette ancora *urbanae* o *urb. praedior.* Concorda la definizione di Ulp. e di Giustiniano, che agli *aedificia* appartengano le servitù *praed. urb.*, *l. 1, pr. comm. praedior.*, *§ 1, I. de serv. praedior.* Notavamo poc'anzi, che, fissati una volta i nomi, non si cangiano se in qualche caso fallisca l'etimologia; onde vedemmo dirsi *praedia urbana* anche quelli che destinati ad abitazione talvolta siano nel *rus*, e *praedia rustica* anche quelli che destinati a frutto naturale si trovino talora nell'*urbs*. Qui parimenti non alteravansi le fissate denominazioni delle servitù *urbanae* e *rusticae*, perchè le prime si rinvenissero talvolta in fondi rustici o le seconde in fondi urbani. Così le servitù *tigni immittendi*, *oneris ferendi* ecc. sempre sono urbane; non solo indipendentemente dall'essere edifizio in città o in villa, *d. l. 1*, *pr. comm. praed.*, *d. § 1, I. de serv. praed.* (lo che è consono alla espressione *urbanum praedium*), ma anche se talvolta siano in edifizi destinati pei frutti naturali, p. e. a custodirli raccolti. La servitù *itineris*, la propria *aquaeductus* ecc. sono costante-

mente rustiche, benchè in qualche caso siano in case o in orti destinati a comodo abitare. Appunto come di quelle *tigni immittendi*, *oneris ferendi* ecc. si direbbe sempre che *in superficie consistunt*, di queste *itineris*, *aquaeductus* ecc. si direbbe sempre che *in solo consistunt* (§ 440). — È noto, che alcuni rispettabili scrittori si oppongono, e vogliono vari i nomi delle identiche servitù secondo che nelle singole speci varino per avventura i fondi ne' quali si ritrovano; e qui si suddividono, altri prescegliendo la contemplazione del fondo servente (Coccejo *Ius civ. controv. lib. 8, tit. 1, p. 1.*) i più riguardando il dominante (Thibaut *Pand. § 605*, Walter § 549, ecc.). Ma ben migliore è l'avviso di coloro che le singole servitù affermano essere costantemente o rustiche o urbane. Lo sostengono ragionevolmente allegando quelle fonti da noi riferite § 441, laddove è costantemente assegnato per le singole o il carattere di rustiche o quello di urbane. Aggiungiamo la esposta analogia coll'altra divisione *in solo* e *in superficie*. Aggiungiamo ancora la *l. 1, § 1, de itin. act. priv.*, dove Ulp. dell'interdetto *de itinere* dice che esclusivamente appartiene a servitù rustiche « pertinens ad tuendas rusticas *tantummodo* servitutes. » Onde apparisce, che mal si spiegherebbe la *l, 11, § 1, de publ. in rem. act.* notando, che ivi si parla di acquedotto *per domum*, quasi che per essere in predio urbano venga da Ulp. attribuito alle urbane servitù. Meglio la spiegano coloro, che la prendono dell' impropria servitù *aquaeductus* urbana, cioè del dritto di avere nell'altrui i tubi di condottura per cui si porti nel nostro acqua già dedotta da un fondo altrui (§ 428).

§ 444.

Abbiamo esposto la comune opinione de'giureconsulti, che piacque agl' impp. Diocleziano e Massimiano *l. 16, C. de praed. et al. reb. min.*, ed a Giustiniano *§ 1, 2, I. de serv. praed.*; e in tale esposizione abbiamo spiegato uno dei testi che ci eravamo opposti nel § 442, cioè la *l. 11, § 1, de publ. in rem act.* — Vi erano però altri giureconsulti, che non convenivano nell'intelligenza delle parole *rustico*, *urbano*, nè quanto alla divisione de'predi, nè quanto a quella delle servitù. Essi non discono-

scevano la evidente verità, che i predi in città generalmente servono ad abitare e consistono in costruzioni, mentre i predi in campagna servono generalmente al frutto naturale e consistono in terreni; e perciò non disconoscevano che la divisione delle servitù in rustiche ed urbane era stata introdotta in analogia coll'altra *in solo*, *in superficie*. Ma dettero alla forma delle parole quel che non le davano gli altri; e giudicarono troppo duro il dire urbano quel che non fosse nella *urbs* o almeno in luogo simile ad essa. Che a questi giureconsulti appartenesse Nerazio, apparisce dalla *l. 4*, *§ 1. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* — *Stabulum* ai latini non era il luogo ove sono ricoverate le sole bestie, ma significava albergo, corrispondendo allo σταθμος dei greci. Essendo dunque *ad habitandum*, secondo la comune opinione anche situato in aperta campagna era predio urbano; e tale realmente lo dice Ulp. *l. 198*, *vers. sed et si forte*, *de V. S.* Nerazio al contrario nella *d. l. 4*, *§ 1*, ricordata la questione fra' i giureconsulti, dice che esso per conto suo non dubita sullo esser quello un predio rustico, appunto perchè non era in città o almeno in continuazione di edifici « Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest: et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint. » Così è pur spiegato l'altro testo che ci opponemmo nella *l. 2*, *de S. P. R.* Tratta Nerazio di servitù *altius tollendi*, *de cloacis*, *protegendi* in fondi posti in campagna benchè destinati ad abitazione. Poichè quantunque una volta adoperi la parola « domum » che può indicare l'edificio sia in campagna che in città, usa altre due volte la parola « praetorium » che è campestre dimora. Mentre per la comune de' giureconsulti erano servitù urbane perchè *in superficie consistebant*, Gaj. *l. 2*, *de S. P. U.*, e così ritiene Giustiniano *§ 1*, *I. de serv. praed.*; Nerazio invece dallo essere in campagna le conta fra le *rusticorum praediorum*. È dimostrato che questo frammento appartiene a non ricevuta sentenza.[1]

---

[1] La nostra opinione sul significato delle servitù urbane e rustiche sarebbe turbata, se la servitù *fumi immittendi* avesse ad annoverarsi fra le

§ 445.

Dopo che abbiamo fissato il senso delle usitate parole, servitù urbana, servitù rustica, applichiamo tali denominazioni alle conchiusioni che facemmo sulla *j. q. p.* § 428-434; anzi in avvenire ci varremo a preferenza di queste denominazioni medesime per essere di origine romana. In dritto romano non è riconosciuta regolare *j. q. p.* nelle servitù rustiche; perchè manca ogni possesso sulla cosa servente essendovi difetto anche del grave elemento della continuità del contatto, che neppur vi si trova sostituito dal solito supplemento della presunzione d'un futuro contatto continuo. È la regolare *j. q. p.* riconosciuta nelle urbane che si esercitano con uno stato aventi positive manifestazioni (servitù positive); perchè quantunque strettamente parlando manchi il possesso sulla cosa servente per difetto di detenzione, questa però viene facilmente supplita dall'attività positiva e continua, che vi si spiega, massime in vista dello ammettervi la quasi usucapione più necessaria in queste che in altre servitù. Niuna *j. q. p.* nè regolare nè irregolare è per le servitù urbane esercitate con uno stato privo di positive manifestazioni (servitù negative); ove l'isolamento

---

urbane, siccome si fa universalmente. Credo che su questa servitù abbia ragione RANDA nello annoverarla fra le discontinue *pag. 549. n. 6, 561 n. 26;* mentre, secondo le vedute sopra esposte, il maggiore anzi unicamente calcolabile incomodo sta nel ricevere la immissione del fumo, e questa non è continua. Ma io credo che, appunto perchè discontinua, sia servitù rustica. Nella *l. 8, § 5, 6, 7, si serv. vind.* dove se ne parla, è trattata in un titolo comune a tutte le servitù; e perciò di lì non si può prendere argomento contro tale mia opinione. Certo, che tale servitù può stare senza *superficies*, p. e, se abbia luogo fra due terreni vicini, in uno de' quali (dominante) si faccia lavorazione di carboni, e così *fumus gravis* a carico dell'altro. Quindi *consistit in solo;* altra ragione per conchiudere che è rustica. Non so, come questa servitù possa essere annoverata fra le urbane anche dagli autori, i quali le medesime servitù dicono ora urbane ora rustiche giusta la natura de' singoli predi dominanti: mentre in quel testo, che è pur l'unico che ne parli, e precisamente nel *§ 5*, dove più diffuso ne è il discorso, si tratta di servitù *fumi immitt.* a prò d'una *taberna casearia*, predio rustico.

del primo atto di esercizio e la seguente inazione escludono qualunque probabile idea di possesso sul fondo servente. — Però quanto alle rustiche se per le predette cose non fu ammessa quasi usucapione, pure fu mitigato il rigore della negata *j. q. p.* ne'punti, che non spettavano, come vi spetta l'usucapione, alle regole dello *jus quiritium*, e ne'quali si procedeva più secondo la naturale equità. Fu pensato, che nell'esercizio delle servitù rustiche ossia discontinue, se non v'è una vera continuità di azione, v'è però una sequela di atti positivi omogenei, i quali, avendo comuni l'origine la ragione e l'indole, si collegano intellettualmente un coll'altro, e costituiscono una certa continuità benchè fittizia. [1] Questa considerazione, e la necessità, che pur qui si faceva sentire, del provvedere alla fine delle frequenti liti con mezzi simili all'usucapione, fece sì, che alle rustiche servitù fu tratta la *longi temporis praescriptio*. Niun nega che la *l. t. praescriptio*, per quanto nel puro dritto romano ne fosse il valore diverso dalla usucapione (§ 569), si basava su condizioni per la massima parte eguali a quelle della usucapione medesima; e fra queste, sul possesso. Però la indole più consona alla naturale equità della *praescriptio* ebbe anche qui i suoi effetti. Imperocchè cotesto istituto, del quale la prima notizia ci è data da Frontino *de contr. agror. pag. 45 edit. Goes* nell'epoca di Domiziano, sia esso di origine pretoria o d'imperiale lo che è disputato, certo è tutto modellato sulla natural convenienza: nè è improbabile che fosse preso dai romani sulle costumanze o sulle leggi di popoli stranieri soggiogati alla loro dominazione. Era presso i romani un supplemento alla *usucapio*, laddove le regole del dritto civile non permettevano l'applicazione di questa. Quindi è che fu ammessa la *praescriptio* a vantaggio dei possessori de' fondi provinciali, mentre in questi era esclusa la usucapione; e fu pure la *praescriptio* accettata a pro' de'quasi possesori di servitù sopra i fondi medesimi. Quanto alle urbane positive, è testimo-

---

[1] Vedremo § 465, che quando si tratta di atti non solo momentanei ma del tutto isolati ed unici, privi per loro natura di sequela, di ripetizione, la *j. q. p.* è assolutamente esclusa.

nio Antonino *l. 1, C. de serv. et aqua.* Or bene questa *praescriptio* fu ammessa ancora a prò di chi avesse per lungo tempo esercitata un'attività avente il sembiante di servitù rustica. Chiari i testi di Ulp. *l. 10, pr. si serv. vindic.*, *l. 1, § 23, de aq. et aq. pluv.*, *l. 5, § 3, de itin. act.*, di Paolo *l. 2, pr, de aq. et aq. pluv.*, di Scev. *l. 26, eod. tit.*, di Pomp. *l. 3, § 4, de aq. quot. et aest.* [2] Colla *praescriptio* riguardante le servitù non si acquistavano una volta le stesse *servitutes*, ma solo un'eccezione a difendere l'esercizio, precisamente come nella *praescriptio* riguardante i fondi. Cominciò però ancor qui a darsi un'*actio utilis d. l. 10, pr. si serv. vind.*; ed in questo rispetto potè dirsi *d. l. 1, C. de serv. et aq.* « longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere. » E come in quella riguardante i fondi, così in questa riguardante le servitù, credo che da Giustiniano fossero confusi gli effetti colla usucapione. [3] — La publiciana, d'origine interamente pretoria, fu estesa ancor più facilmente alle servitù rustiche. Poichè essendo stata portata fuori de' casi ove esistesse condizione di usucapire, non solo laddove una *praescriptio* avea luogo come ne'fondi provinciali ma anche dove neppur questa si ritrovava (§ 351); agevolmente fu portata tanto alle servitù personali e urbane positive dove poteva esser luogo alla quasi usucapione, quanto anche alle rustiche dove poteva esser luogo alla *praescriptio*. Ulp. *l. 11, § 1, de publ. in rem act.*

---

[2] Su questi ultimi tre testi cf. § 565, n. 1.

[3] Cf. § 569. — Certo che nella *l. 12, C. de praescr. longi temp.* dopo aver pubblicato alcune disposizioni sulla prescrizione delle proprietà, Giustiniano conchiude « Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usufructus, et ceterae servitutes. » Parla in punto di prescrizione anche di usufrutto come delle altre servitù, benchè l'usufrutto in dritto classico ammettesse la *quasi usucap.* Alcuni scrittori credono o almeno dubitano che nelle citate parole di Giustiniano si riconosca una *j. q. p.* anche nelle servitù negative. Però non è detto « omnes » o « universae, » ma « ceterae » cioè quelle nelle quali può esser posta la tesi, quelle dove è possibile una qualche *j. q. p.* coi suoi relativi effetti. — Cf. § 426, n. 1.

§ 446.

È qui opportuno l'osservare, che, riconosciuta nelle rustiche servitù un'irregolare *j. q. p.* per i descritti effetti,[1] dovè riconoscervisi una *quasi traditio*, che è principio di quasi possesso, come la *traditio* lo è di possessi; quando cioè tal principio avvenga per cooperazione di chi allora ha la cosa presso di se. Per l'identica ragione, per la quale non si può dire vero possesso de' dritti, neppur si può dire vera tradizione de'medesimi, *l. 43, § 1, de a. r. d., Gaj. II, 28.* Come ed in quanto è ammesso un quasi possesso, così ed in tanto è ammessa una quasi tradizione nelle servitù; vale a dire, ripeto, quando il primo atto di esercizio è fatto col consenso del padrone del fondo servente. È tale quasi tradizione riconosciuta nelle servitù personali, ove più facilmente che per tutte le altre servitù vedemmo ammessa la *j. q. p., d. l. 11, § 1, de public., l. 3, pr. de usufr., l. 1. pr. quib. mod. ususfr. vel. us. am., l. 3, si ususfr. petat.* È riconosciuta nelle urbane positive, appunto perchè anche in esse ha luogo la *j. q. p., d. l. 11, § 1, de publ.* (add. § 443 fi.). È riconosciuta anche nelle rustiche per esservi ammessa una *j. q. p.* benchè irregolare, Ulp. *l. 1, § 2, de S. P. R.* Ma dalla *l. 20, de servit.* scorgiamo la difficoltà colla quale in queste servitù fu riconosciuta la quasi tradizione, come non vi si concepiva regolarmente il quasi possesso. In trattato di servitù *viae* e di altre rustiche (« via aut aliquod jus fundi, » *fundus* si dice strettamente dei rustici) Labeone al suo tempo negava che vi si concepisse alcuna *vacua traditio.* Giavoleno pur riconoscendo che non vi è la tradizione propria, però ammette una impropria « Ego puto, usum ejus juris *pro traditione* possessionis accipiendum esse. » Così in tutte le servitù personali e prediali si riconobbe una quasi tradizione, come un qualche quasi possesso; tranne le urbane negative, sulle quali come niun testo parla di quasi possesso così pur niuno parla di quasi tradizione. — Dalle dette cose s'intende per-

[1] Quanto all'effetto degl'interdetti, ne parleremo nel § 761.

chè Ulp. dando nella *l. 2, § 3, l. 3, de precar.* vari esempi di quasi possesso di servitù, ne dà non solo di urbane positive ma pur anco di rustiche, di urbane negative nessuno.

§ 447.

Alle cose fin qui discorse sopra i limiti assegnati al quasi possesso ed alla quasi usucapione delle servitù, sembrano fare ostacolo alcuni testi, de' quali altri sembrano negare quasi possesso e quasi usucapione in tutte le servitù, altri invece accettar quello e questa anche laddove abbiamo creduto dovere escludere. Cominciamo dai primi. — Paolo *l. 14, pr. de servit.* dopo aver negato quasi possesso e quasi usucapione nelle servitù rustiche, attesa la loro discontinuità (§ 426) finisce colle parole « Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur, » colle quali sembra atterrare tutta la sua bella precedente argomentazione. Inoltre Paolo stesso *l. 4, § 29, de usurp. et usuc.* dice, che la legge Scribonia avea tolto le usucapioni che costituivano le servitù. Convien pur comporre questi due frammenti colla esistenza da noi difesa di quasi usucapione in tante speci di servitù. Ed alle prove che recammo si unisca il testo di Gajo *l. 9, de usurp. et usuc.* « Usucapionem recipiunt *maxime* res corporales, » dunque c'è pure una usucapione che riguardi le cose incorporali, le servitù; e l'altro di Antonino *l. 2, C. de serv. et aq.* (§ 428) dove è riconosciuta l'usucapione d'una servitù urbana positiva. — Quanto alla *d. l. 14, pr. de serv.* vedemmo che due cose sono da Paolo dimostrate in tutto il discorso che precede quell' ultimo inciso. Primieramente, che nè l'espressione di vera *possessio* e perciò neppur l'altra di vera *usucapio* possono adattarsi alle cose incorporali, alle servitù, inette come sono a subire fisica azione. In secondo luogo, che neppure di *juris quasi possessio*, neppure di *quasi usucapio*, si può parlare laddove non esista un qualche possesso sulla cosa serveente, il quale ei nota mancare nelle servitù rustiche. Dopo tutto questo vengono quelle parole « Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur. » Non dice il giurecon-

sulto « Idem juris est in etc., » che importerebbe l'istessa conchiusione per le servitù urbane che era stata fatta per le rustiche. Ma « Idem observatur, » han luogo anche nelle urbane le medesime legali osservazioni: vale a dire che neppure riportandosi ad esse si può adoperare espressione di vero possesso e di vera usucapione, perchè pur esse sono cose incorporali; e che anche in esse non trova luogo neppur la *quasi possessio* e la *quasi usucapio* quando vi manchi del tutto il possesso sulla cosa servente, come manca realmente e sommamente nelle negative. Sono le medesime regole osservate nelle urbane servitù come nelle rustiche; benchè i risultati, appunto per la diversità della natura delle varie servitù, possano e debbano alcuna volta essere differenti. Così s'intende perchè Paolo tratti distintamente delle rustiche; lo chè irragionevolmente farebbe, se in tutto e per tutto eguale fosse la sorte di queste e delle urbane. In tale ipotesi avrebbe tutto il trattato rivolto alle servitù in genere. Così s'intende come egli stesso, che in questo frammento nega il possesso nelle rustiche, possa nella *l. 20, pr. de S. P. U.* ammetterlo per quelle che *in superf. consistunt* ossia per le urbane.

§ 448.

Passiamo alla *d. l. 4, § 29, de usurp. et usuc.* Su quella legge Scribonia, di cui parla Paolo, ma a cui niun giureconsulto, che sappiamo, scrisse commentari, non v'è certezza sul quando fosse emanata, nè sul suo contenuto. Non possono farsi che congetture; e nel proporne una mia procurerò, che non solo sia probabile per l'armonia in cui si trovi col dritto del quale abbiamo certa notizia, ma che pur venga corroborata colle parole del testo. Secondo che, sempre dubitando di me stesso, soglio fare; allorquando l'assoluta mancanza di testimonianze esplicite mi riduce a cotesto pericoloso modo di ragionamento. Quanto all'età di quella legge, se si vuol dare peso alle osservazioni fatte da Cujacio *ed. nap. VII, 395, B.*, è da ritenere che fu fatta sul cadere della Repubblica. Supposizione, dalla quale non si dilunga Maynz *I, § 228, n. 1.*

Quanto al contenuto convien che dica non sembrarmi esatto ciò che e Cujacio e Maynz ed universalmente gli scrittori asseriscono, che detta legge abolisse in modo generale la usucapione come modo di acquistare la servitù, in maniera che dopo essa legge neppure nelle urbane positive fosse più luogo a quasi usucapione. Lo che mi è sempre parso ben improbabile. Mentre la necessità di finir le liti sulle servitù persuase la buona giurisprudenza a chiamarvi l'usucapione, slargandone anche i confini fino ad ammetterla laddove niun vero possesso esisteva, come precisamente fu fatto per le urbane positive (§ 445); come mai avrebbe questa legge distrutto d'un colpo questo provvido e sapiente lavoro? Ed intanto restava la *praescriptio* quanto alle servitù urbane positive costituite in fondi provinciali (d. § 445). Onde di nuovo non si comprende con quale armonia di legislazione si volesse estirpar la quasi usucapione quanto alle costituite sugl' italici. Anzi colla *praescriptio* si provvedeva anche alle servitù rustiche in epoca posteriore alla legge Scribonia (d. § 445, e seg.), forzando sempre più fino ad una vera irregolarità l'estensione del quasi possesso per la suprema necessità di finire le liti. Nè si può credere, che mentre da una parte si guadagnava con nuovi maggiori sforzi, si trovasse dall'altra distrutto ciò che i lavori anteriori avevano fruttato od anche fluidamente era stato una volta riconosciuto. E tal distruzione venisse eseguita laddove il bisogno delle usucapioni era maggiore in vista delle frequenti demolizioni e deturpazioni della città, alle quali avrebbe portato l'esclusione delle usucapioni medesime nelle servitù urbane positive (§ 432). Diamo alla l. Scribonia ragionevoli confini. Si era nel fervore delle applicazioni delle usucapioni e delle prescrizioni alle servitù, reclamate dal bisogno di cui più volte abbiamo parlato. Mentre per tale effetto si faceva forza al concetto del possesso per le urbane positive e più ancora per le rustiche; facilmente prevalse negli usi del fôro, che una violenza anche maggiore si facesse per le urbane negative. La via, per la quale potè tale usucapione farvisi adito, fu lo esservi stata ammessa la *libertatis usucapio* (§ 438). Poichè, aperta ragionevolmente la strada alla usucapione fino

alle servitù negative nella occasione di estinguerle, il fòro su questo esempio aprì maggior campo di operazione e l'ammise per l'acquisto delle medesime. Però era questa intollerabil cosa di fronte ai principî di dritto, a cui la romana legislazione, per quanto induca possibili temperamenti in vista di equità e di utilità comune, rimane però sempre fedele. Ammettere una usucapione dove, se non v' è detenzione, è però un'attività continua sulla cosa, che la supplisce facilmente (nelle servitù urbane positive), era un modificare lo stretto concetto del possesso, e fu riconosciuto. Ammettere, se non una quasi usucapione, una *praescriptio* dove mancava anche la vera continuità dell'azione, ma pure v'era un'omogeneità di atti collegati fra loro (nelle rustiche), era un modificare benchè più grave, e fu accettato. Ma ammettere usucapione dove mancava ogni attività, era assurdo, e fu respinto. La legge tutrice del giusto e del ragionevole, corresse l'errore. Lo fece la l. Scribonia, che tolse alle usucapioni il nuovo e mal adatto campo delle servitù negative. L'unico passo, che abbiamo nelle fonti su tale l. Scribonia, è la nostra *l. 4*, *§ 29*, *de usurp. et usuc.*; e questo conferma la esposta congettura. Notano gli scrittori, che Paolo pronuncia generalmente « eam usucapionem sustulit lex Scribonia, que servitutem constituebat, » e ne deducono che questa legge ogni usucapione delle servitù abbia abolito. Ma esaminando con pazienza il testo questa apparente generalità sparisce. Comincia Paolo col dire esser migliore opinione il credere che resti sempre in vigore la *libertatis usucapio*; e ne rende la ragione coll'avvertire precisamente, che la l. Scribonia tolse quella usucapione che costituiva le servitù, non già quella che togliendole presta la libertà. Ma mentre così mostra evidentemente, che alcuni dal disposto della l. Scribonia arguivano affermando l'abrogazione della *libert. usuc.* ed altri negavano; non dice affatto in qual campo si agitasse tale controversia, se riguardo a tutte le servitù o ad alcune. Ora io credo, che si agitasse sulle sole negative; appunto perchè essendo stata la precedente giusta ammissione in esse della *libert. usuc.* occasione ed esempio per intromettervi ingiustamente la usucapione, come la l. Scri-

bonia tolse questa, così credevano alcuni che tolta s'avesse a credere pur quella. Usucapioni ambedue e in una stessa classe di servitù, giudicavasi da costoro, che, toltane una, si dovesse credere tolta anche l'altra. Paolo riprende la opinione di questi; poichè lo aver la l. Scribonia negato all'usucapione la forza di costituire servitù negative aveva ottima ragione, che niuna attività positiva nel padrone del dominante ove basare un qualche concetto di possesso, si ritrovi nell'esercizio di queste; mentre l'ammissione dell'usucapione di libertà per eliderle si basa sull'azione positiva e continua del padrone del servente in opposizione alla servitù, e questa anche nelle negative ottimamente si concepisce (§ 438) « Libertatem servitutum usucapi posse verius est: quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat; non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. » Il mio ragionare viene confermato dall'esempio che Paolo aggiunge. Paolo per chiarir la tesi dà un esempio: onde lo prende? Forse da alcuna delle tanto ordinarie servitù positive, come dalla *tigni immittendi* lo piglia esso stesso quando nella *l. 15 § 2, quem. serv. am.* mira a definire in genere la *libert. usuc.*? Non già: lo cerca fra le servitù negative, nella servitù *altius non tollendi* » Itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi (puta) liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero: sublata erit servitutus. » Con che è sempre più dimostrato, spettare alle servitù negative e la l. Scribonia e tutta la disputa da Paolo anteriormente trattata. Spero almeno, che mi si concederà, che la interpretazione data a Paolo non fa violenza alcuna alle sue parole; e ciò mi basta per conchiudere esser d'uopo seguire tale interpretazione, anzi che scorgere nel testo un'abrogazione generale fatta dalla l. Scribonia delle usucapioni relative alle servitù. lo che porrebbe il testo medesimo in contradizione con tanto gravi considerazioni, e con tanti altri testi aperti, come p. e. con quello di Gajo *l. 9, de usurp. et usuc.* (§ 447). — Che nulla provi per la generalità della l. Scribonia Ulp. *l. 10, § 1 de usurp. et usuc.*, come credono alcuni, e in qual maniera quest'altro frammento vada inteso, cf. § 426.

§ 449.

Per converso sembrano, come dissi, altri frammenti ammettere la quasi usucapione dove noi la negammo. Sono tre, quelli che sembrano ammetterla nelle servitù rustiche. Il primo è la *l. 2, C. de serv. et aqua* Antonino « Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. » Gli scrittori sogliono riferire questo rescritto alla *praescriptio.* Taccio, che veramente alla *praescriptio* non conviene quel « servitutem quaesisti; » poichè si potrebbe rispondere che a' tempi di Antonino già alla *praescriptio* si applicava un' *actio utilis*, e così poteva dirsi « longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere, » come si esprime Antonino stesso *l. 1, C, eod.* (§ 445). Osservo però che la *l. 2* dice esser la servitù acquistata *tempore* ad esempio delle cose immobili « exemplo rerum immobilium. » Ora quando la prescrizione fu estesa ai mobili, non subì variazione sul tempo, ma rimase di dieci anni fra presenti e di venti fra assenti, come negl' immobili, *l. 3, l. 9. de divers. temp. praescr.* Per lo chè il riferirsi di Antonino al tempo specialmente analogo agl' immobili, non ha significato giusto per la *praescriptio;* mentre lo ha nella *usucapio* ove, com' è noto, era richiesto per i mobili l'anno, il biennio per gl' immobili. Spetta adunque il rescritto nella *d. l. 2* alla quasi usucapione. Val meglio assai intenderlo, come abbiamo inteso la *l. 11. § 1, de public.*, della servitù impropria *aquaeductus:* non si trattava della rustica *ducendi ex possessione Martialis,* ma della urbana positiva consistente nel solo ducere *per possessionem Martialis.* [1] — Il secondo frammento è di Paolo *1, 17, 2.* « Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit (fin qui s' intende egregiamente, § 437), et biennio usurpata recipitur. » Con quest' ultime parole sembra significare che quelle servitù rustiche, perdute col non uso, possono riacquistarsi colla quasi usucapione. Così infatti l' intende Huschke notando nella sua *Jurisprud. antejustin.*, che

[1] Dovremo tornare sopra questo rescritto in un'altra questione § 475.

sembra esser cotesta un'eccezione fatta dalla l. Scribonia alla general distruzione delle usucapioni nelle servitù in vista del sommo uso dell'acqua. Lasciando altre osservazioni, dico solo che o la l. Scribonia togliesse tutte le usucapioni in massima, come è nell'opinione anche di Huschke, o ne togliesse i soli eccessi, come noi pensiamo, fu certamente d'indole limitatrice. Mi pare inconsentaneo, che, di fronte a questo carattere, riconoscesse l'usucapione per alcune servitù rustiche, mentre quanto alla usucapione la *quasi possessio* mai vi era stata portata e perciò mai vi era stata ammessa *quasi usucapio* (§ 430 ecc.). Meglio il Cujacio *VII*, *395*, *E.*, e dopo lui altri come Maynz *§ 231* e Molitor *pag. 465*, prendono quell'« usurpata » nel senso che sovente a tale parola è dato nel dritto nostro. *Usurpare* è interrompere uno stato che se avesse durato per un dato tempo avrebbe condotto a qualche acquisto. Avendo Paolo detto, che se per un biennio dura lo stato di non uso della servitù *aquae haustus* o *aquaeductus*, la servitù stessa si estingue, e così il fondo servente acquista la libertà: bene soggiunge, che se tale stato principiò, ma dentro il detto biennio venga interrotto con qualche atto d'uso, la servitù, che dallo stato medesimo era minacciata d'estinzione, torna ad essere fuori di tal rischio com'era allorquando il ripetuto stato non era ancora incominciato, non si è più in via di acquistare la libertà del servente « biennio usurpata recipitur. » — Il terzo è un passo di Aggeno Urbico *de controv. agror.* (*pag. 6*5, *ediz. Rigalt*, *pag. 53*, *ediz. Goes.*). Dopo aver detto, che quel tale *iter*, che separa i fondi confinanti e serve per la coltura dei medesimi, non è sottoposto ad usucapione (cf. § 570), soggiunge che all'usucapione è sottoposto l'*iter* nel senso di servitù rustica, cioè di passaggio per mezzo al fondo altrui « Non enim iter qua ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit. » Ecco sembra di nuovo ricevuta usucapione in servitù rustica. Bene ancor qui Cujacio *VII 396*, *B.*; doversi intendere, non che l'*iter* ammetta un'usucapione per se, ma che s'acquisti insieme all'usucapione del fondo dominante a cui tal servitù è aggiunta. Indirettamente a questo modo ogni servitù cade sotto la vera usucapione (§ 426).

§ 450.

Più difficili sono i testi, i quali sembrano riconoscere ora una *j. q. p.* ora una usucapione nelle servitù urbane negative. Occasionalmente vedemmo, che male ciò si dedurrebbe dalle *l. 32, § 1, de S. P. U.* (§ 438), *l. 20, pr. eod.* (§ 440, n. 1), *l. 12, fi. C. de praescr. long. temp.* (§ 445, n. 3). Altri e ben gravi ci rimangono a spiegare. Primo: la *l. 6, § 1, si serv. vind.* Ulp. « Sciendum tamen, in his servitutibus (ne liceat altius tollere) possessorem esse eum juris et petitorem: et, si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit. Sed et si, patiente eo, aedificavero, ego possessor ero effectus. » Ecco è detto *possessor juris* chi esercita una servitù negativa. Per ispiegare questo luogo di Ulp. convien ricordare la elementar differenza che corre fra le azioni che competono pel dominio e quelle che per le servitù; elementare tanto, che Giustiniano se ne occupa nelle istituzioni *§ 2, I. de action.* Pel dominio v'è una sola azione, a chi asserisce il proprio dominio mentre non sta affatto a suo favore, ma a favore dell'avversario, la posizione materiale della cosa; onde v'è così frequentemente distinto il petitore dal possessore. Per le servitù le azioni sono due: una a chi afferma, l'altra a chi nega la esistenza del dritto di servitù. Ed è indifferente sì nell'una che nell'altra che si trovi favorire o all'attore o al reo convenuto lo stato materiale delle cose, come già dovemmo osservare al § 339. La confessoria si dà anche a colui che ancora è in godimento di tale stato, purchè sia molestato da qualche atto di parziale turbativa; la negatoria si dà anche contro quello che non gode di fatto, ma solo fa atti preparatorii a servirsi di cosa altrui: *l. 5, § 7, si ususfr. petat., l. 8, § 3, l. 9, pr. vers. Sed si quidem, si serv. vind.* Nello esprimere queste teorie fu adoperato il linguaggio canonizzato nella R. V., capo

e modello di tutte le azioni reali. Ciò era facile nelle servitù. dove un possesso sulla cosa servente era riconosciuto, o più o men proprio od anche improprio del tutto e relativo (personali, urbane positive, e rustiche); e dire, che può l'istesso essere petitore e possessore, può l'istesso essere reo convenuto e non possessore, *d. l. 5, § 7, si ususfr. petat. d. l. 8, § 3, si serv. vindic.* Ma si fece altrettanto anche nelle urbane negative. Anche in esse può esercitarsi la confessoria da colui pel quale sta la posizione materiale (*non aedificatum est*); può la negatoria esser promossa contro quello pel quale essa posizione non stà (*aedificatum est*). Per significare tale differenza, che anche in coteste servitù hanno le azioni verso la R. V., si usarono le stesse espressioni; le quali, benchè non vi avessero esatta applicazione perchè niun possesso le accompagna, erano però divenute quasi indispensabili per tante ripetizioni che se ne facevano in azioni omogenee. Ancor qui Ulp. *d. l. 6, § 1, si serv. vindic.*, prendendo di mira la confessoria, dice che può l'istesso essere *possessor juris* e petitore, quando cioè quest'azione si eserciti contro me che « non habeam aedificatum altius in meo... nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet. » Si adoperano l'espressioni del possesso in senso tutto speciale, e distinto dal vero general significato; cioè ad esprimere chi è in godimento della posizione di fatto mentre si esercita un giudizio reale. Altro esempio noteremo § 460 nel *possessor hereditatis* quanto alla H. P. Cf. § 82. È perciò che Ulpiano ha cura di farne una distinta e precisa avvertenza per queste servitù « Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem etc. » Non avverte per la ragione che altrettanto non sia vero anche nelle altre servitù, mentre lo è certamente, ma per la ragione che qui era necessario osservarlo specialmente. — Tanto è vero, che non si deve da questo passo d'Ulpiano argomentare al riconoscimento di quasi possesso nelle servitù negative, che esso chiama impropriamente *possessor juris* anche quello che non

---

[1] Giustamente l'osserva Windscheid *§ 163, n. 4.*

sta neppure in vero esercizio della servitù negativa, sol che lo stato materiale stia per esso, [1] perchè questo era il fatto che costituiva la notabile differenza fra le azioni della servitù e l'azione pel dominio. Per dire *possessor juris* il padrone del fondo, che gode, Ulp. non ricerca proibizione e pazienza, ma gli basta che io padrone dell'altro fondo « non habeam aedificatum altius in meo, » gli basta il « nihil innovatum; » ma qui non è vero esercizio di servitù (§ 433), benchè lo stato materiale stia per il primo. [2] Chi nella *l. 6, § 1*, vuol vedere una prova del quasi possesso nelle servitù negative, deve dire l'errore, che queste si esercitino col solo stato materiale del non edificato (d. § 433); come infatti si servivano di quel testo gli antichi fautori di tale erronea sentenza. [3]

§ 451.

I difensori della *j. q. p.* nelle servitù negative invocano inoltre la *l. 15, de o. n. n.* e la *l. 45, de damn. inf.*, che noi interpretammo § 346 e 347. Ambedue i testi parlano della servitù negativa *altius non tollendi*. Ma quanto al primo basta osservare, che Africano non fa mai parola di possesso o quasi possesso; descrive solo lo stato di fatto dell'edifizio non più altamente elevato « si priusquam aedificatum esset... non

[2] Appunto per questo il giureconsulto, rimanendo nello stesso ordine d'idee, enuncia oltre la confessoria anche l'interdetto *quod vi aut clam* e la nunciazione dell'opera nuova; mentre e quell'interdetto ed il *demolitorium* susseguente alla *o. n. n.* si danno anche laddove non si trova possesso alcuno, ma un qualunque stato di cose da mantenere (§ 595).

[3] Indarno, mi sembra, si adopera Randa *pag. 564, n. 4, pag. 568, n. 11,* a sfuggire questo argomento dicendo che nella *l. 6, § 1* non v'era solo materiale stato del non edificato, ma bensì esercizio di servitù cominciato col contratto stesso in cui era stata fissata la servitù. Giacchè nè tal principio di esercizio è ammissibile (§ 433), nè Ulp. richiede punto o fa cenno dell'esistenza di contratto, dando il nome di possessore in diretta ed immediata conseguenza del solo non essere innuovato « nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet. »

prius se aedificaturum » senza chiamarlo punto con que'nomi. Qualche difficoltà è formata dall'altro frammento. Scevola stabilisce, che proposta la confessoria da me, mentre già era più altamente edificato, se tu padrone dell'edifizio manchi alla difesa, ti si prefigge in pena un termine entro cui devi agire colla negatoria; scorso il quale inutilmente, sarà demolito quel che fu sopraedificato. Pertanto in tale caso sei messo in posizione da dover subire quell'onere di prova che prima avrebbe gravato me che avevo proposto la confessoria. Il giureconsulto per significare questa traslazione d'onere di prova usa l'espressione « ad me possessio trasferenda est. » Pare a prima vista che così si concepisca un possesso nella servitù negativa. Ma mi sembra assai chiaro, che Scevola adopera la parola di possesso in senso figurato. Vedemmo esponendo la *l. 8, § 3, si serv. vind.* (§ 343) che colui, il quale è nel libero possesso della propria cosa, può bensì, se voglia, adoperare la negatoria; nel qual caso sta a lui l'obbligo di provare la libertà: ma può astenersi da tale azione e dall'onere relativo, e, se venga turbato, può promuovere l'*uti possidetis*, difesa del possesso del suo fondo da lui liberamente avuto. Così nel caso di Scevola tu padrone del fondo avevi già edificato, e così eri nel godimento della cosa libera; potevi astenerti dalla negatoria, ed aspettando che io esercitassi la confessoria richieder da me la prova della servitù. Ma poichè, quando io cominciai a promuovere la confessoria, tu non difendesti, il pretore ti prescriverà un tempo in cui tu piuttosto debba agire colla negatoria; ti addosserà a questo modo la necessità di provare, liberandone me; quello stesso vantaggio, che tu avevi dal libero possesso della cosa tua, è in me trasferito. È in quest' unico senso che si dice da Scevola « ad me possessio etc.; » cioè a significare il passaggio in me di que' benefici effetti che dava il possesso libero della cosa tua. Non già che si crei in me, che pretendo di avere una servitù negativa, una posizione di fatto che possa chiamarsi possesso o quasi possesso. Tanto vero, che Scevola vuole, che non sia affatto cangiata attualmente la posizione di fatto; vuole, che l'edifizio rimanga siccome è costruito « non quidem ut pro-

tinus destruatur opus. » Se Scevola non mi dà ancora esercizio della servitù negativa, su che mai i nostri avversari trovano in me stabilito dal giureconsulto un quasi possesso? [1]

§ 452.

Le cose fin qui discorse sono scorta a sciogliere l'agitata questione se ed in quanto in dritto romano competano interdetti rapporto alle servitù. Se la *j. q. p.* fosse stata inventata per gl'interdetti, converrebbe necessariamente conchiudere, che, per quanto quell'istituto abbia nota d'improprietà, trovi negli interdetti applicazione piena, e che in qualunque servitù, in cui viene in gius romano riconosciuta una qualche *j. q. p.*, vi sian pur anco riconosciuti interdetti in rapporto colla medesima. Ma ciò non si verifica; appunto perchè non per gl'interdetti ma per l'usucapione fu la *j. q. p.* introdotta (§ 417 segg.). Infatti riguardo agl'interdetti non valevano quelle ragioni che aveano determinato la introduzione della *j. p. q.* per le usucapioni (§ 421, segg.) Si domanderà, perchè dunque *j. q. p.* o (per brevità, § 423) *j. possessio,* si dica anche riguardo agl'interdetti *l. 3, § 17, de vi,* [1] *l. 7, de itin. act., l. 20, fi. de servit.* Vedremo a suo luogo, che talvolta il pretore per dare interdetti nelle servitù dovette riportarsi al possesso qualsiasi sulla cosa servente, contenuto nel loro esercizio. Allora, anzi che valersi della *rei possessio*, adoperò la *j. q. p.;* perchè già in occasione dell'usucapione questa denominazione era usata per quel possesso, nè era utile usare diverso parlare per la usuca-

[1] Se noi trovassimo, con MACHELARD *p. 315, segg.* e con BETHMANN *Civilprozess II, p. 569, n. 61, p. 570, n. 66,* ne' due testi ultimamente esaminati l'uso d'un interdetto simile al *quem usumfructum;* allora farebbero ostacolo alla nostra tesi, poichè sarebbe interdetto « adipisc. aut recup. *possessionis.* » Ma e con altre ragioni, e col tornare su que' due stessi frammenti, difenderemo il contrario § 757.

[1] « Qui ususfructus nomine qualiter qualiter fuit in quasi possessione, utetur hoc interdicto. » Non credo che abbia ragione BRUNS *Das Recht des Besitzes pag. 88,* nello intendere *in possessione rei.* Il *quasi* sarebbe fuori di posto; perchè l'usufruttuario ha vero possesso sulla cosa. Quella nota d'improprietà ci riporta necessariamente alla *j. q. p.*

pione e per gl'interdetti a significar cose sostanzialmente eguali. Tanto più che ancor se avesse voluto per gl' interdetti adoperare la *rei possessio*, avrebbe dovuto adoperarla sovente con nota d' improprietà, *rei quasi possessio*, perchè impropria l'avrebbe trovata. Sarebbe stato un moltiplicare inutilmente denominazioni improprie. Basti qui lo avere enunciato queste poche riflessioni generali. Rimettiamo lo sviluppo e l'applicazione al trattato degl'interdetti, ed in specie di quelli riferibili alla *j. q. p.*

§ 453.

Abbiamo fin qui parlato della *j. q. p.* in rapporto delle sole servitù. Si domanda, se oltre le servitù essa si ritrovi rapporto ad altri diritti. — Certo non pei diritti non patrimoniali: mentre solo nei patrimoniali può verificarsi quel godimento esclusivo d'idonei oggetti materiali, che entra necessariamente in qualunque idea di possesso, compresa la *j. q. p.* siccome fu dimostrato. Si trova nel nostro dritto mentovato possesso riguardo ai dritti di famiglia, cioè si enuncia possesso sulla moglie all'effetto di acquistare per via d'una usucapione la *manus* sulla medesima, *Gaj. I, 111.* Ma in senso traslato, ad esprimere la sola parvenza, la figura esterna del possesso, l'esistenza d'una attività esercitata di fatto sopra la moglie in forma di potestà maritale; con esempio non nuovo (§ 170). Del resto è tanto vero, che non è una *j. q. p.*, che anzi Gajo dice l' istessa donna, la *nupta* quasi posseduta ed usucapita, lo che poteva dirsi per la ragione esposta § 421. — Troviamo anche talvolta applicato il nome di possesso ai dritti stessi di personale libertà ed ingenuità, *possessio libertatis*, *possessio ingenuitatis*, *l. 33, § 1, de procur.*, *l. 14, de probat.*, *l. 10, l. 28, l. 41, pr. de liber. ca.*, *l. 15, C. de prob.*, *l. 21. C. de liber. ca.*, *l. 1, pr. C. de adsert. toll.*, *l. 1, l. 2, C. de l. t. praescr. quae pro libert.* Savigny *pag. 90, 170* spiega, che non altro vi è significato se non la posizione delle parti litiganti nel processo; dà una spiegazione simile a quella che anche noi abbiam data alla *l. 6, § 1, si serv. vind.* (§ 450). Però giustamente osserva Bruns *p. 85*, che l'espressione *possessio li-*

bertatis trovasi adoperata anche indipendentemente dalla lite e relativa posizione processuale, p. e. nella *d. l. 10, de lib. ca.* e nella *d. l. 2, C. de l. t. praescr. quae pro lib.* Diciamo dunque piuttosto, che anche qui il senso è meramente traslato; ed è significato lo stato di fatto d'una persona, corrispondente alla relativa posizione giuridica della medesima. Onde viceversa troviamo anche *possessio servitutis, d. l. 33, § 1, de procur., l. 1, pr. de liber. ca., l. 3, § 10, h. t., l. 20, C. de prob., l. 1, § 1, C. de adsert. toll.*, e *possessio libertinitatis, d. l. 14, de probat.* Nelle quali espressioni sempre più lontana è l'idea di vero possesso che è di godimento e non di sofferenza. Ma sempre torna il detto senso traslato; e resta che con tali espressioni si esprime il contenersi di fatto d'una persona, corrispondente all'esercizio d'un dritto o di essa persona riguardo a se stessa, o d'un'altra persona o suo carico.

§ 454.

È anche certo, che in dritto romano non c'è *j. q. p.* rapporto ai dritti d'obbligazione; vale a dire non è riconosciuta *j. q. p.* in ciò, che alcuno eserciti durevolmente verso un altro degli atti corrispondenti all'esercizio d'un dritto d'obbligazione il quale porti di sua natura ripetute prestazioni. Disputano gli scrittori se meglio che il dritto romano abbian fatto il gius canonico ed i codici moderni, che, qual più qual meno, anche qui riconoscono un quasi possesso. [1] Tutti debbono ammettere che in niun punto lo troviamo accettato dalle leggi romane. A parte altre riflessioni, la ragione secondo me è chiara nello essere stata la *j. q. p.* introdotta per le usucapioni, nello aver essa nelle usucapioni il campo suo proprio. Quindi non ha luogo quanto alle obbligazioni, perchè in esse giammai usucapione è stata ammessa. E di questa esclusione di usucapione è ottima la ragione filosofica. Imperocchè a

---

[1] Su tal questione scrivono UNGER *Syst. I, § 62, n. 5, § 62, § 68*, BRUNS *pag. 480, seg.*, MILONE *pag. 19, 22*, WINDSCHEID *§ 464*, MOLITOR *num. 14*, ecc.

differenza dei dritti reali, ove ci troviamo in diretta relazione colle cose, nei dritti di obbligazione la libertà di un'altra persona apparisce a noi sottoposta direttamente. Quindi fu saviamente stabilito, che col solo tempo possa la vivente persona acquistar dominazione sulla massa morta, ma non acquistar supremazia contro una potenza di tempra eguale. [2]

§ 455.

Vediamo se la *j. q. p.* si trovi riguardo agli altri dritti reali oltre le servitù. Nel dritto del pegno propriamente detto non si trova, benchè vi sia una *rei possessio* nel creditore (§ 119 segg.). Altri ha cercato dare filosofiche ragioni; [1] altri, come Windscheid *§ 163, n. 2*, è venuto a dire che vi fosse riconosciuta una *possessio rei* prima che venisse introdotta la teoria della *j. q. p.*, altrimenti anche qui sarebbe stata questa ammessa (cf. § 415). Per noi la ragione è aperta: non era al certo riconosciuta usucapione diretta all'acquisto del dritto di pegno; perchè (credo) non v'era il motivo per trarcela come v'era per portarla alle servitù; non v'era quella frequenza e gravità di liti che reclamasse cotesto rimedio.

§ 456.

Esiste o no *j. q. p.* riguardo ai dritti *agri vectigalis, emphyteuseos, superficiei*? Già ne' § 146 e segg. vedemmo la disputa fra gli scrittori; e noi tenemmo la negativa riconoscendo solo la *rei possessio*. La ragione del negare è perchè secondo noi non v'è *j. q. p.* dove non è usucapione affatto; e per que' dritti sosteniamo che usucapione non esiste. Ben sappiamo che anche sullo esistere o no usucapione per i dritti mede-

---

[2] SCHIRMER *Grundid. der Usucap. pag. 50* espone questa ragione, ma basando l'ammissione o esclusione dell'usucapione solo sull'azione della volontà umana, e trascurando l'opera efficace della legge, secondo la sua teoria sull'usucapione (cf. § 485).

[1] Ved. DOVERI *I, pag. 422.*

simi, è disputa fra gli scrittori: per affermare stanno Windscheid *§ 221*, *223*, Arndts *§ 198*, *200*, e sopra tutti Francke *Arch. f. civ. Pr. XLIV*, *6*; per negare, o tutt'al più per ammettere un'usucapione straordinaria, stanno Unterholzner *Verjähr. II*, *§ 239 seg.*, Vangerow *§ 360*, *not. num. 2*, ecc. Francke reca il testo nella *l. 12*, *§ 2*, *3*, *de public. in rem act.*; dallo esservi ammessa da Paolo la publiciana nel *praedium vectigale* e nell'*insula superficiaria*, conchiude alla condizione di usucapire. Soggiunge, che se Paolo nega ivi la usucapione, la nega soltanto quanto allo stesso fondo, non quanto allo *jus agri vectigalis*, o *superficiei*. Rispondiamo, che quantunque nella storica origine unite fossero condizione d'usucapire e publiciana, l'uso posteriore estese questa seconda; e vedemmo casi di ammessa publiciana senza condizione di usucapire (§ 351). Uno era precisamente il presente. Infatti Paolo nega la usucapione; nè ciò può esser spiegato come il Francke propone. Se Paolo dasse la publiciana ad intuito di usucapione che avesse luogo nello *jus agri vectigalis* e *superficiei*, con grave inopportunità direbbe « In vectigalibus, et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, publiciana competit; » osservando così che qui si dà la publiciana ad onta che non si dia la usucapione, e mettendo a contrasto in questo punto la prima colla seconda. Giacchè l'usucapione non avrebbe luogo soltanto nel fondo stesso, ed in questo rapporto non avrebbe luogo neppur la publiciana; l'usucapione sarebbe ammessa quanto allo *jus agri vectigalis* e allo *jus superficiei*, ed in tale rapporto lo sarebbe anco la publiciana: pari sarebbero le loro sorti e sempre si troverebbero compagne. Inoltre se potesse aver luogo una usucapione nell'*ager vectigalis* come tale, inesatto sarebbe Paolo nell'eguagliarlo nel suo trattato al fondo provinciale dove pur niuna usucapione era ricevuta. Giacchè ritengo con Cujacio *V*, *245*, *B.*, e con Savigny *pag. 45*, *n. 1*, appartenere ai fondi provinciali le parole « et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, [1] » mentre su questi precisamente suol farsi

---

[1] Non osta, che tutti i fondi provinciali si dicessero *vectigales* (§ 145, n. 3), onde parrebbe turbata la distinzione che fa Paolo ne'due incisi.

l'osservazione che non sono usucapibili, *Gaj. II, 46, l. 1, C. de usuc. transf., pr. I. de usuc.*

§ 457.

Adunque onde presso Paolo *d. l. 12, § 2* sia esatto il contrasto fra publiciana ed usucapione, esatto lo assimilare il *praedium vectigale* coi provinciali, convien dire che nell'*ager vectigalis* come tale non è affatto riconosciuta usucapione. Ed altrettanto, con simili osservazioni, è a dire della *superficies* di cui parla nel *§ 3. d. leg. 12.* In modo che da questi passi deriva prova per l'assunto nostro. Nè fa difficoltà quel che oppone Windscheid; il quale, confessando la mancanza di testi per la sua opinione, allega però l'esempio della proprietà e della servitù ove è ammessa usucapione, e su questo argomenta. Non perchè in alcuni dritti reali è ammessa usucapione, dunque esser lo deve in tutti. Inventata per troncare le liti sulla proprietà, fu estesa alle servitù; ove, tanto per la

---

Giacchè nell'uso più recente l'*ager vectigalis* vien detto a significare i fondi de'municipii locati in perpetuo (d. § 145, n. 3). Nè basta. Alcuni fondi provinciali in più stretto linguaggio erano sempre stati fuori di quella denominazione: p. e. i rilasciati dai romani ai loro antichi padroni, HYGIN. *de limit. 116, 18* « hi agri, qui redditi sunt, non obligantur vectigalibus, quoniam scilicet prioribus dominis redditi sunt; » benchè anche questi fossero gravati d' un' imposta. APP. *Pun.* « τοῖς δὲ λοιποῖς φόρον ὥρισαν ἐπὶ τῇ γῇ etc. » Non è improbabile ciò che sostiene Marquardt *Röm. Staats verwalt.* V. *pag. 178, num. 5,* che *vectigal* si dicesse l' imposta da pagarsi in natura, *tributum* o *stipendium* quella da pagarsi in danaro. Così, riferendo pure il passo di Paolo ai fondi provinciali per intiero, tornerebbe ottimamente spiegato, cioè : Negli *agri vectigales* e negli altri fondi provinciali che non si possono usucapire. Avverto però che, largamente parlando, va confermato quel che dicemmo d. § 145, n. 3, tutti i fondi provinciali essere stati chiamati *vectigales.* Anche i rilasciati ai padroni antichi sono detti *vectigales* da CICERONE *Verr. 3, 6, 12;* come anche *vectigal* viene preso generalmente anche per l'imposte in danaro, p. e. presso LIVIO *33, 47,* di quella imposta, che in danaro fu pagata dai Cartaginesi dopo la seconda guerra punica. Viceversa le espressioni *tributum* e *stipendium* si trovano estese a tutti i fondi provinciali presso *Gaj. II, 21.*

grande quantità, come per le dirette opposizioni in cui sogliono esser posti i vicini proprietarii di due fondi, le liti sono frequentissime. La buona giurisprudenza non estese l'usucapione ai dritti de'quali ora discorriamo in mancanza di ambedue cotesti dati di fatto onde risultava la frequenza de' litigi. — Non debbo passar sotto silenzio la diversa interpretazione che han data ai detti *§ 2, 3, leg. 12* Cujacio *V, 245 seg.* e Molitor *pag. 282.* Credono che Paolo segnali il competere della publiciana non solo dove abbia luogo una *usucapio* ma anche dove abbia luogo la *praescriptio;* e perciò conchiudono, che nell'*ager vectigalis* e nella *superficies* fosse ammessa appunto una *praescriptio.* Ma non so vedere dove si fissi la *praesciptio* nell'*ager vectigalis* o nella *superficies.* Imperocchè o si possiede un *praedium vectigale* non come tale, ossia non coll'animo di esercitarvi un mero *jus agri vectigalis*, ma coll'animo di padroneggiare, nell' istesso modo in che si può con tal animo possedere un altro fondo qualsiasi benchè gravato d'un dritto reale p. e. d'un' ipoteca o d'una servitù; ed allora non c'è ragione di ricorrere alla *praescriptio* e può aver luogo la usucapione. Lo vedemmo (§ 148) nella *l. 15, § 27, de damn. inf.*, dove usucapione è ammessa in chi ebbe l'*in bonis* dal Municipio il quale avea precedentemente dato ad un altro lo *jus agri vectigalis.* O (quel ch'è nella nostra questione) si possiede il *praedium vectigale* o la *superficies* come tale, cioè coll'animo di esercitare solo uno *jus agri vectigalis* o *superficiei;* ed allora dove poniamo la *praescriptio*? Nel fondo stesso, come preferisce Molitor, o in esso *jus agri vectigalis* o *superficiei*, come preferisce Cujacio, paragonando allo *jus servitutis praedialis* che secondo lui può esser prescritto e non usucapito? Nel fondo stesso mi sembra assurdo; perchè come non si può usucapire così neppur difendere colla *praescriptio* una piena dominazione alla quale non arrivò il precedente possesso. Nello *jus* poi se si ammettesse un acquisto per tempo, sarebbe non di *praescriptio* ma di usucapione: mentre abbiamo tutti gli estremi di possesso sulla cosa nella quale viene esercitato (§ 146), e perciò potrebbe esser luogo alla quasi usucapione, come ha luogo in tutte le servitù dove tal possesso è stato ravvi-

sato.[1] È, come sopra dicemmo, che acquisto per tempo non venne ammesso. — Solo all'epoca dell'impero orientale, e d. decadente giurisprudenza, una Costituzione di Anastasio ammise una prescrizione straordinaria di quarant'anni quanto allo *jus emphyteuseos* sui fondi patrimoniali del Principe e delle Chiese, *l. 14, C. de fund. patrimonial.* Diremo forse, che debba riconoscersi ormai una relativa *j. q. p.?* Neppure. Poichè se la *j. q. p.* fu detta, onde corrispondesse a quell'usucapione che come non appartenente all'intera dominazione non era *rei* ma *juris* (§ 421); nel caso presente la prescrizione potè ben dirsi che avesse luogo quanto alla *res* e non quanto allo *jus.* Imperocchè l'estensione dei dritti, de'quali parliamo, è tale, che sanno di dominio, e l'oggetto dei medesimi può esprimersi *res* come nel dominio medesimo. Così Ulp. *l. 1, pr. de condict. tritic.* di chi chiede uno *jus agri vectigalis* dice, che ei domanda il « *fundum* » e lo distingue da chi « *jus* stipulatus sit, velut usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum; » e nella *l. 71, § 5, 6, de l. 1* sostiene il *legato* « *fundum* do lego » in chi poteva legare soltanto uno *jus agri vectigalis.* Giustiniano *§ 3, I. de locat.* parla nell'enfiteusi « de *praediis*, quae... traduntur: » e lo stesso Anastasio *d. l. 14* lo *jus emphyteuseos*. obietto della sua prescrizione, chiama dominio, e di coloro che lo hanno dice « pro certo habeant *suum esse* quod possident. »

§ 458.

Che diremo dello *jus hereditarium?* è o no riconosciuto rapporto ad esso una *j. q. p.?* È gran disputa, se nell'ampiezza che le recenti legislazioni han dato al quasi possesso gli si debba dare un posto anche quanto allo *jus hereditarium.* I romani certo non ve lo riconobbero. Una prova in *Gaj. II, 51.* È ormai noto, come antichissima nel dritto romano fosse l'*usucapio pro herede.* Avendo lo scopo comunemente ripetuto di for-

[1] Se nelle servitù rustiche è luogo soltanto alla *praescriptio*, è perchè tanto più lontana v'era l'idea di possesso sulla cosa servente (§ 445

mare un rappresentante del defunto, che ne pagasse i debiti e facesse i *sacra familiae*; avea dunque per oggetto l'istessa *hereditas* in senso ideale e subiettivo, il dritto ereditario. Questa usucapione non poteva esprimersi così, *usucapio rerum haereditariarum*. Primo perchè sarebbe stata espressione inetta a significar quell'acquisto dello *jus successionis* ossia dell'*hereditas* in senso subiettivo, dritto di rappresentanza della persona del defunto. E poi anche riportandosi alla *hereditas* in senso obiettivo e reale, come complesso della sostanza del defunto, quell'espressione *usucapio rerum hereditariarum* avrebbe per la propria significazione, esposta a § 421, abbracciato esclusivamente l'acquisto del dominio dei corpi ereditarî, e non quello dei dritti ereditarî di obbligazione. Pertanto bisognava dire, e si disse anticamente, che oggetto dell'*usuc. pro herede* fosse l'*hereditas*, « ipsae hereditates usucapi credebantur » Gaj. *d. loc.* [1] Ora siccome ad ogni usucapione corrisponde un

[1] Apparisce così a mio credere, che già antichissimamente la parola *hereditas* era usata nel senso subiettivo per lo *jus successionis*, e non solo nel senso obiettivo del patrimonio. Altra prova in CICERONE *De legib. II, 19, segg.* Parlando degli obbligati ai *sacra* dopo la morte del padre di famiglia, Cicerone dice, che primieramente per autorità de'pontefici era stato stabilito che « iis essent (sacra) adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit; » come anche ripete in seguito « sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege conjuncta sunt. » Ed analogamente a tale premessa, descrivendo la forma del relativo gius pontificio prima che Scevola fosse pontefice, si esprime « docebant, tribus modis sacris adstringi, hereditate, *aut* si majorem partem pecuniae capiat, aut etc. » Dacchè era stato creduto in epoca più recente, che la *pro her. usuc.* non avesse altro oggetto che le *res hereditariae* (come ricorderemo seguendo Gajo), i pontefici, per obbligare ai *sacra* anche l'usucattore *pro her.*, dovettero stabilire che ai *sacra* fossero tenuti non solo gli eredi, ma anche quelli, ai quali fosse la *pecunia* così pervenuta, e farne una seconda classe separata dagli eredi primi obbligati. Dunque comprendevano i pontefici, che allorquando si trattava di confrontare colui, che secondo il nuovo concetto della *pro her. usuc.* avesse il patrimonio senza avere lo *jus successionis*, con quello che di tale *jus successionis* fosse munito; conveniva lasciare quanto al primo la parola *hereditas* e ricorrere all'altra di *pecunia*, serbando quella per il secondo. Chi consideri questo, e lo confronti coll'altro passo di Cicerone *Topic. VI, 29* « hereditas est pecunia etc. » vedrà facilmente che all'oratore romano erano ben noti ambedue i significati della parola *hereditas*, il subiettivo come l'obiettivo; e che

possesso, conveniva adattare la terminologia del possesso a quello stato di fatto che col tempo conduceva al compimento della detta usucapione; vale a dire al complesso degli atti aventi la figura dell'esercizio dello *jus hereditarium*. E come mai fu ciò dai romani eseguito? Forse che chiamarono a quell'epoca questo stato o complesso di atti col nome *hereditatis* o *juris hereditarii quasi possessio?* Non già: ma *rerum hereditariarum possessio*, *Gaj. loc. cit.* Non ostante, che a questo modo gli antichi incorressero nell'inconveniente, che un obietto fosse espresso nell'usucapione (*hereditas*) ed un altro nel relativo possesso (*res*); uno nel fine, l'altro nel mezzo: difetto che in quell'antica e meno elegante epoca non deve recare meraviglia. Lo chè chiaramente dimostra la tesi, che i romani non conobbero *j. q. p.* nello *jus hereditarium*. E chi ne voglia trovare una ragione basta che consideri, che fra quegli atti, al complesso dei quali conveniva adottare il nome del possesso, v'è la persecuzione dei dritti di obbligazione; ora in questi i

---

già nel gius pontificio era adottato il tecnico significato della parola medesima pel gius di successione. Anche nella nuova forma di Scevola riportata da Cicerone erano stabilite cinque classi di obbligati ai *sacra*, e di nuovo l'usucattore *pro her.* è dall'erede distinto « Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum causa justissima est, nulla est enim persona quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, proprius accedat. Deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Tertio loco, *si nemo sit heres*, is qui de *bonis*, quae ejus fuerant, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo etc. » Di nuovo è lasciata la parola *hereditas*, e adottata quella *bona*. Dunque Scevola conosceva, che rapporto a colui, che ormai usucapiva le cose patrimoniali e non lo *jus successionis*, non poteva dirsi *hereditas*, quando si trattava di confrontarlo con chi aveva lo *jus successionis*. Disse *bona*, come nel dritto pontificio antico si diceva *pecunia*. — V'è chi crede, che all'età di Cicerone fosse sconosciuto il senso subiettivo della parola *hereditas*, allegando SENECA *De beneficiis VII, 5*, che dice essere acuta inezia dei giureconsulti il distinguere l'*hereditas* dalle cose *quae in haereditate sunt*. Ma che Seneca non approvi la distinzione, non porta che dunque essa fosse a'suoi tempi non molto antica. Si può disapprovare tanto una cosa introdotta da circa un secolo (Seneca viveva nel primo secolo dell'impero), quanto una assai più vetusta. Dappoichè non suol essere la età degl'istituti, ma la loro conformità o difformità dal vero e dal giusto, siccome apparisce, la causa onde sono reputati degni o d'encomio o di critica.

romani non concepivano *j. q. p.* quand'anche importassero reiterate prestazioni (§ 454). — Non dico già, che sia falsa l'osservazione di Leist *Die b. p. I, pag. 23. seg.*, che cioè quando fu introdotta la *usuc. pro her.* non era ancora stata inventata la *j. q. p.*: ma non mi pare affatto bastevole a spiegare il passo di Gajo. Infatti se questa sola fosse la ragione del non avere i romani detto allora *juris hereditarii quasi possessio*, doveano cominciare a dirlo quando l'epoca posteriore ebbe introdotta la *j. q. p.* Ma che mai fu fatto in quest'epoca di migliore giurisprudenza? Fu sentito quell'inconveniente che poc'anzi notavamo, quello sconcio disaccordo fra l'appellazione del possesso e quella della relativa usucapione; e venne corretto. Però nel correggere non furono modificate l'espressioni dalla parte del possesso, non si cominciò a pronunciare alla fine quella *hereditatis* o *juris hereditarii quasi possessio* per concordare colla *hereditatis usucapio;* appunto perchè anche in quest'epoca di *jur. hered. q. p.* non si volle sapere. Ma la correzione fu piuttosto rivolta dalla parte dell'usucapione, e si principiò a dire la *pro her. usuc.* una *usucapio rerum hereditariarum,* che concordasse colla *rerum hereditariarum possessio*, *Gaj. d. loc.* Fu ristretta l'efficacia e la importanza della usucapione *pro herede*, di modo che non avesse ormai altro effetto che l'acquisto delle cose ereditarie; e non più quello della rappresentanza del defunto: lo che del resto bastava se non allo scopo comunemente enunciato dell'usucapione *pro herede*, all'altro ben importante di eliminare le odiate vacanze, siccome al § 297 abbiamo già esposto. [1]

§ 459.

Non fa ostacolo al nostro assunto il trovarsi in dritto romano la *bonorum possessio*, che talvolta è pur detta *hereditatis possessio*, Cicer. *Verr. II, 1, 45*, e *Partition. c. 28, l. 3, § 1, de*

---

[1] Anche in Huschke *Studien pag. 237*, benchè si trovi un'esposizione del paragr. di Gajo diversa dalla nostra, pure si legge la riflessione, che l'antica espressione dell'oggetto della *pro her. usuc.* fosse abbandonata per la ragione che *hereditas* non ammetteva possesso e usucapione.

b. p. Dappoichè la parola possesso è presa in senso meramente traslato e di analogia. Il possesso e quasi possesso, di cui noi trattiamo, è lo stato di fatto, l'operar fisico sopra la cosa. La *b. p.* è invece il dritto dato dal pretore a porsi in uno stato di fatto (« jus » *d. l. 3, § 2, de b. p.*). Nè tale stato sovente consisterà in un operar fisico su'corpi ereditarii, ma potrà essere anche senza questo (§ 638). Anzi talvolta il pretore lo difenderà dandogli forza simile a quella che avrebbe se emanasse dallo *jus hereditarium* (§ 641). Fu detta *possessio* in quanto che mancava sempre del dritto ereditario. e sempre si risolve in una posizione priva per se della sanzione del dritto civile. Esempio prossimo nella *possessio ususfructus*, dove precisamente è designata la posizione di chi gode la percezion de' frutti per tuizione pretoria senza lo *jus ususfructus* del dritto civile (§ 80, 754).

§ 460.

Non maggiore ostacolo fa il vedere espresso nella *hereditatis petitio* un *hereditatis possessor.* Volentieri mi associo a quegli scrittori, che spiegano ravvisandovi enunciata la posizione del reo convenuto. Nel § 450 vedemmo, che nella R. V. colui, che gode di fatto ossia il *possessor*, è il reo convenuto. E che nelle altre azioni reali ad esempio di essa R. V. si mantenne questa locuzione *possessor* per esprimere chi durante un giudizio reale gode di fatto, abbia poi esso o non abbia un possesso nel senso ordinario della parola. Che così fu fatto nelle azioni di servitù; quantunque non si applicasse. come nella R. V., all'effetto di far costui perpetuamente reo convenuto, potendo in quelle essere anche il medesimo l'attore. A più forte ragione la locuzione fu conservata nella H. P., dove essa trova quella stessa applicazione che ha nella R. V., essendo il godente di fatto costantemente reo convenuto. — Bruns *pag. 83, seg.* oppone a questa spiegazione la *l. 13, § 8. 10, 12, de H. P.* deducendo da questi passi, che i romani non dissero solo *hereditatis possessor* per significare chi già fosse stabilito reo convenuto nella H. P., ma anche chi possa di-

venirlo, indipendentemente dalla posizione attuale di reo convenuto. Opposizione, credo, non tanto soda quanto è sottile. Poichè, adottata una volta la espressione *possessor* ad esprimere chi essendo in godimento dell'eredità sostiene le parti di reo convenuto, era inevitabile lo adoperarla ad esprimere chi essendo in tale godimento può, appunto per questo, divenire reo convenuto. Nè mi par buona la spiegazione che propone Bruns alla espressione *hered. possessor*. Vi scorge un rimasuglio di quell'antica *hereditatis possessio*, di cui secondo lui tratta Gajo *II*, *54*, *55* all'effetto della *pro her. usuc*. Quasichè abituati i romani a tale espressione in questa occasione, l'adoperassero quindi per amore di brevità a designare chi pretende all'eredità e possiede le cose ereditarie. Basti a rispondere quel che provammo § 458, sugli stessi passi invocati dal Bruns, che quella diretta alla detta usucapione non fu mai chiamata *hered. possessio*, ma sempre *rer. hered. possessio*. — Del resto la interpretazione da noi ricevuta spiega come nella H. P. si trovi nominato *juris possessor* colui, che ha acquistato un interdetto o un'azione personale a motivo dell'eredità da esso ritenuta, ovvero non paga un debito che esso avrebbe verso l'eredità, *l. 9*, *l. 13*, *§ 15*, *l. 16*, *§ 47*, *l. 31*, *§ 1*, *l. 35*, *de H. P.*, *l. 10*, *fi. si pars hered. pet.* Non è detto *juris possessor* nel senso, che sia presso lui una *j. q. p.*, che in dritto romano non si concepisce rapporto ai dritti di obbligazione. Ma sempre nel senso, che nella lite di H. P. tenga il posto di chi si trova in posizione favorevole; in quanto cioè questa posizione favorevole si determina nella fattispecie non sopra una cosa corporale ereditaria, ma sopra un'azione, ovvero sopra un credito ereditario. Non è che una specie di quell'*hereditatis possessor* nella H. P. che abbiamo dichiarato di sopra. — Conchiudiamo, che la *j. q. p.* esiste solo rapporto alle servitù, siccome noi la trattammo e seguiremo a trattarla in seguito.

Articolo Terzo

Elementi del corpo e dell' animo della juris quasi possessio.

§ 461.

La *j. q. p.* fu introdotta per la quasi usucapione delle servitù (§ 418 segg.), ed estesa agl' interdetti riguardanti le medesime (§ 452). Il suo essere un operar fisico sulla cosa altrui in forma di esercizio di servitù è conveniente anche nel campo degl' interdetti. Poichè quantunque lo aver essa tale figura di esercizio di servitù, fu cosa essenziale ad essere considerata solo quando fu introdotta come mezzo ad una usucapione (§ 419); pure introdotta una volta con questo carattere non può più abbandonarlo nelle sue ultime applicazioni, benchè non sia necessario, come neppure sarebbe necessaria la stessa *j. q. p.* per produrre interdetti (d. § 452). Anche nella *rerum possessio* lo aver essa forma dell'esercizio d'un dritto non è cosa necessaria a considerare generalmente, ma però è generalmente vera (§ 23, 53). La differenza che esiste su questo punto fra la *rerum possessio* e la *j. q. p.* è, che nella prima tale considerazione va esclusa dalla definizione perchè non caratteristica (d. § 23); mentre nella *j. q. p.*, portandoci il suo nome stesso al rapporto collo *jus*, dobbiamo quella considerazione ritenere nella definizione, e ripeterla ovunque ritroviamo essa *j. q. p.* — Di qui deriva, che, analogamente alla definizione della *j. q. p.*, l'elemento del *corpus* consiste in essa nel fare quegli atti che vengono fatti da chi esercita il dritto di servitù (cf. § 428, 429, 438); l'elemento dell'*animus* nella volontà di agire sulla cosa nella guisa di chi vi esercita il dritto di servitù.

§ 462.

Ma quantunque la *j. q. p.* trasportata dalla usucapione agl' interdetti conservi il suo carattere; ciò non toglie, che per questo trasporto ella abbia slargato le sue applicazioni. Se fosse rimasta nel nativo campo della usucapione, sarebbe stato necessario per metterla in opera trovare nel quasi possessore l'animo di fare quello che fa chi ha un proprio diritto di servitù, a somiglianza dell'animo che si domanda nella usucapione delle cose (§ 53, 493). Portata fuori della usucapione, ciò non è più necessario: non importa, se l'animo sia d'operare come chi esercita una propria servitù, ovvero se sia piuttosto di operare come chi esercita una servitù altrui della quale abbia l' uso legittimo. In colui che ha in precario, in colui che ha in usufrutto l'altrui fondo dominante, vedremo riconosciuta una *j. q. p.*, *l. 1*, *§ 11*, *fi.*, *l. 3*, *§ 5*, *de itin. act.* (§ 468, seg.). In somma la *j. q. p.* è in chiunque « quasi debita via usus fuerit » *l. 22*, *quem. serv. am.*, in chiunque si adoperò sul fondo servente come si adopera chi vi esercita una servitù dovuta, o ad esso stesso o ad altra persona da cui egli ne abbia ottenuto il legittimo godimento: purchè, ben inteso, vi siano gli altri estremi che esponemmo nella definizione § 425. Veramente Celso *l. 7*, *de itin.* per ammettere il quasi possesso vuole che altri « commeavit... tamquam id suo jure faceret, » e Paolo *l. 25*, *quem. serv. am.* vuole che « suo jure uti se credidit » escludendo quello che « pro alterius servitute usus sit. » Ma mentre i due giureconsulti indicano la necessità dell'animo di valersi d' una servitù come propria, e non parlano dell'animo di valersi d'una servitù altrui ma concessa in uso legittimo, non fanno che accennare al caso più ordinario, omettendo i meno soliti; ma non intendono di escluderli. Essendo invece loro intenzione, come dal contesto de' frammenti apparisce, di escludere solo dal quasi possesso chi va sul fondo altrui *jure familiaritatis*, o *pro via publica*, o pensando di altra diversa servitù, come dichiareremo in seguito § 464 segg. Insomma le loro espressioni non sono tassative:

come parimenti non è tassativo quel « suo jure uti se credidit » di Paolo, all'effetto che sia necessaria la credenza di valersi delle servitù legittimamente, cioè che sia necessaria la b. f.; lo che, come vedremo fra poco, sarebbe falso. È sempre detto per escludere chi credeva di andare *pro via publica* ecc. e non altri. — La verità che abbiamo esposta è bene intesa da Windscheid *§ 163, n. 6.* Una propria dominazione, esso dice, è spiegata anche da colui che esercita un altrui dritto in forza d'un dritto proprio, non è necessaria la volontà d'esercitare la propria dominazione precisamente come dritto reale sulla cosa altrui. Randa però si oppone *pag. 529, segg.* Esso nella definizione della *j. q. p.* parla di esercizio per se (« für sich »); ed intende questo *per se* soltanto in chi opera come l'esercente un dritto proprio e non altri.[1] Quindi esso crede, che, quando alcuno esercita un dritto di servitù reale non proprio, ma lo faccia autorizzato da chi lo ha, (p. e. l'usufruttuario, l'avente a precario il fondo dominante), convenga distinguere nel modo seguente. O egli esercita la servitù come dovuta al fondo, *fundi nomine;* ed allora v'è una *j. q. p.* della medesima servitù reale, ma solo nel padrone del fondo usufruito ecc., per mezzo ed istromento di esso esercente, in quanto che ci sia la volontà del padrone medesimo (*animo suo, corpore alieno*)*:* e cita la *l. 1, § 11, de itin.* dove in verità è dato al *vers. Quaerit* l'interd. *de itinere* al concedente a precario. O colui esercita la servitù non come dovuta al fondo; e allora esso ha una *j. q. p.*, però non di servitù reale ma di servitù personale, cioè per la sua persona soltanto. Rispondiamo: Certo che se l'usufruttuario o lo avente a precario esercita non *fundi nomine* ma per suo comodo individuale, non ha *j. q. p.* di servitù reale nè per se nè per il padrone del fondo; giacchè manca di volontà analoga, senza la quale nè si possiede nè si è istromento per altrui possesso. Ma se esercita *fundi nomine, quasi debitam,* allora la *j. q. p.* della

[1] Su ciò torneremo § 471. Ove noteremo ancora che la *l. 21, quem. serv. am.* il « suo nomine » applica all'usufruttuario, onde inesattamente Randa restringe in quel modo il suo *per se.*

servitù reale l'ha per mezzo di esso il padrone quando ci siano gli estremi necessarii per quasi possedere per mezzo altrui (§ 481 segg.). Però ciò non toglie, che l'abbia pur esso. Come quanto allo stesso fondo dato in usufrutto o a precario, a cui nome si esercita la real servitù, la *j. q. p.* che vi ha l'usufruttuario sta benissimo collo esser questo istromento anche al possesso del padrone (§ 149 segg.), ed il possesso che ha il precarista si trova in armonia coll'essere anch'esso mezzo al possesso del concedente (§ 123 segg.).[1] Del resto che nell'usufruttuario e nello avente a precario vi sia *j. q. p.* ed interdetti relativi, è stabilito nei testi che ho citati, e più largamente esporrò § 468 seg.

§ 463.

Dicevamo nel precedente paragrafo, che la b. f. non è necessaria per la *j. q. p.* Contraria è l'opinione di Hoffmann *Die Lehre von den Serv. nach röm. Recht II*, *pag. 272*, e di pochi altri. Ma si è dichiarata per la opinione su enunciata la maggior parte degli scrittori. I testi opposti nella *l 1*, *§ 10*, *19*, *39*, *de aq. quot. et aest.* spettano ad una specialità dell'interdetto *de aqua* che esporremo § 767. Nè osta la *l. 25*, *quem. serv. am.* ove Paolo ammette la *j. q. p.* in chi « suo jure uti se credidit, » o la *l. 7*, *de itin.* in cui Celso l'ammette in quello che « commeavit... tamquam id suo jure faceret. » Testi non tassativi, che enunciano il caso più ordinario, e sono diretti solo ad escludere chi va *pro via publica*, ovvero pensando d'un'altra servitù, ovvero jure *familiaritatis* o *facultatis*, e non altri; secondo che abbiamo già osservato nel paragr. precedente. Sono invece conchiudenti per la sentenza più comune i frammenti, che danno interdetti anche a coloro, i quali usano della cosa altrui in forma di servitù per violenza, clandestinità, precario, insomma viziosamente, purchè non di fronte all'istesso avversario, *l. 1*, *pr. de itin.;* senza che altre parti dell'editto aggiungano la necessità della b. f. — Onde bisogna ancora

---

[1] Agg. § 482.

guardarsi dal negare la *j. q. p.* a chi così viziosamente usi della cosa altrui.[1] Dappoichè costui ha una *j. q. p.* benchè non atta ad usucapione e a prescrizione (§ 475), nè sempre protetta da interdetti. È però protetta da questi contro persone diverse da quella da cui si possiede; protetta talvolta anche contro questa medesima (§ 771 seg.). In verità se la *j. q. p.* in tale ipotesi non esistesse, non avrebbe ragione alcuna quella eccezione fatta nell' Editto a favore della persona da cui si possede viziosamente.[2]

§ 464.

Ma ben è esclusa la *j. q. p.* ogni volta che manca la volontà di agire o in b. o in m. f. sulla cosa in quella forma, in che agisce l'esercente un dritto di servitù o proprio o altrui concessogli in uso. Se alcuno va pel tuo fondo, sul quale ha una servitù di passaggio, ma crede per errore di valersi d'una via pubblica; manca dell'animo descritto, e non ha quasi possesso di quella servitù, *l. 25, quem. serv. am.* Se alcuno ha una servitù di passaggio sul tuo fondo a favore del fondo proprio, e passa, ma crede di passare per concession precaria del padrone d'un terzo fondo affatto attiguo al proprio, quasi che la servitù competesse a questo; non ha il quasi possesso di quella servitù, appunto perchè non ha l'animo volto all'esercizio della medesima, ma pensa di un'altra: e così intendo l'espressione « vel pro alterius servitute usus sit » della *d. l. 25.*

§ 465.

Men facile è il determinare il perchè non sia *j. q. p.* in colui, che esercita un' attività sul fondo altrui in forza di permesso per ogni e ciascun atto, volta per volta. Sia che tal

---

[1] Come la negano Pfeiffer *Was ist und gilt in röm. Rechte der Besitz, pag. 129,* e Hedemann *Erw. und Schutz der Servit. § 30.*

[2] Giusta osservazione di Randa *pag. 538, n. 8.*

permesso venga realmente prestato, sia che venga presunto. E sia che tal presunzione si elevi in contemplazione della buona volontà del presunto permittente e dell'innocuità di quell'agire (*usus ex jure facultatis, ex jure permissionis*), sia che si formi in vista di certe relazioni di vicinanza e di amicizia (*usus ex jure familiaritatis*). Insomma, come dice Celso *l. 7, de itin.*, non è *j. q. p.* in chi fa « si prohibeatur, non facturus. » — Nel trattato della *rei possessio*, dove è nettamente escluso dal concetto di possesso ogni atto momentaneo di sua natura, è agevole il determinare questi casi, ed il comprendere come, essendovi atti momentanei e mancandovi la continuità, il possesso vi manchi eziandio, *l. 41, h. t.* (§ 44). Più scabroso è il determinarli nella *j. q. p.*: onde le molte e diuturne quistioni agitate su questo punto nel fòro. Imperocchè essendo stati in molte servitù ammessi atti di lor natura momentanei a formare una *j. q. p.*, benchè irregolare e sotto certi rapporti (§ 445); si rende meno chiaro e spiccato il carattere, che distingue gli atti idonei alla *j. q. p.* da quelli che, per esser fatti *jure facultatis* o *familiaritatis*, sono inidonei alla medesima. Però cotesto carattere di distinzione esiste, ed è il seguente. Gli atti fisici idonei ad una *j. q. p.*, possono esser talvolta momentanei ossia disgiunti uno dall'altro: però anche allora debbono essere di loro natura non del tutto isolati ed unici, ma aventi una sequela di ripetizioni, sulla quale appunto si costruisce una specie di continuità (d. § 445). E ciò accade in chi va p. e., o piglia acqua nel fondo altrui nella forma di chi va o deduce acqua *jure servitutis*. Ma chi va o piglia acqua nell'altrui *jure facultatis* o *familiaritatis*, avendo o presumendo ad ogni e singolo atto una speciale licenza dalla quale tutto dipende, fa ogni volta un atto di sua natura isolato affatto ed unico, il quale nè si collega cogli altri antecedenti per comunanza di origine, nè aspetta per sua indole simili atti successivi.

§ 466.

Ora vediamo i casi analoghi trattati in specie nelle pandette. Il primo è di colui, che passi sul fondo servente per

licenza del proprietario del fondo dominante, data o presunta volta per volta. L'amico, che va pel fondo servente a visitare il padrone del dominante; il mercenario, che giorno per giorno va a lavorare nel fondo dominante passando pel servente; il medico, l'ospite del padrone del dominante che fan passaggio sopra il servente; non hanno veruna *j. q. p.* Veramente c'è negli atti del corpo e dell'animo un operare in forma di chi esercita un dritto di servitù, non già proprio, bensì concesso in uso da chi lo ha *(quasi debita via utuntur, l. 22*, cf. *l. 20, quem. serv. amitt.)* Ma, oltre questa semplice somiglianza di forma, non risulta da essi alcuna sostanziale *j. q. p.*, perchè sono atti isolati affatto ed unici di loro natura, inetti ad ogni idea di possesso. È per essi fatto un uso; possesso non vi si trova punto (cf. § 41). Delle enumerate persone dice Scevola *l. 20*, *quem. serv. amitt.* che « in possessione ejus (servitutis) sunt; » intendendo con questa espressione la mera parvenza senza esistenza di possesso (§ 102, n. 1), e adoperandola per dimostrare che gli atti descritti hanno bensì, rapporto a chi li pone, un'apparenza simile a quella del quasi possesso dell'*iter*, ma di questo vi manca la sostanza.[1] — Il secondo caso trattato nelle pandette è di chi passa sul fondo altrui per licenza del padrone del fondo medesimo, presunta volta per volta. Non c'è *j. q. p.* per la ragione stessa che vale nel caso sopra esposto, anzi chi ben pensi alla situazione di colui che passa a quel modo, ravviserà che non può trarsi ad essa alcuna idea di servitù o di esercizio di servitù; e che gli manca la *j. q. p.* anche perchè nel suo operare è difetto assoluto della forma di tale esercizio. Infatti in qualunque servitù, dritto costituito nella cosa altrui, troviamo che alla costituzione succede una serie d'atti che ad essa si collegano, e ne formano l'attuazione. Pertanto in questo secondo caso trattato nelle pandette, ove a differenza del primo, non esiste alcuna servitù precedentemente stabilita per alcuno, nè altro abbiamo che quegli atti facoltativi, isolati del tutto ed unici

[1] Su questa espressione di Scevola, quanto ad altre persone da esso mentovate, torneremo § 467, 468.

di loro natura; questi, non facendo capo nè in verità nè in figura ad alcun precedente al quale si colleghino, rimangono privi anche della forma d'esercitata servitù. In verità Celso *l. 7. de itin.* nega l'interdetto *de itinere* per la ragione che « ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet, » negando così nel caso la *j. q. p.* Ed Ulp. *l. 1, § 6, eod. tit.* nega l'interdetto stesso per la ragione « non videri omnino usum... quasi nec usum, » con che esprime egregiamente che un uso realmente esiste, ma non quello che è necessario pel concetto del quasi possesso.[1]

§ 467.

Ne' casi esposti finora manca la *j. q. p.* per ragioni intrinseche alla sua costituzione. Altre volte ci sono tutti gli estremi della medesima; ma nè quasi usucapione è data, e neppure sono accordati interdetti. Ciò accade nel colono del fondo dominante. Egli esercita attività in forma di chi si vale d'una servitù, l'esercita con azione continua; o almeno con atti per loro natura ripetuti ed omogenei fra loro; insomma in esso si verificano gli estremi tutti d'una *j. q. p.* Ma non ha certo la quasi usucapione, perchè non ha animo d'agire come chi ha servitù sua propria (§ 462). Nè gl'interdetti; perchè gl'interdetti si danno e si negano sempre secondo l'economiche considerazioni del pretore, le quali persuadono di negarli al colono quanto alla *j. q. p.*, per gli stessi motivi che persuasero simile negazione nel possesso (§ 112). Onde nella *l. 20, quemadm. serv. amitt.* anche del colono dice Scevola che *in possessione servitutis est;* appunto perchè quanto agli effetti civili resta in lui la *j. q. p.* cosa di mera parvenza senza sostanza. Precisamente come quanto alla *rei possessio* l'espressione *in possessione esse* viene usata spessissimo laddove ci

---

[1] In dritto moderno, ove anche rapporto ai dritti di obbligazione è riconosciuto un quasi possesso, non ha luogo il medesimo quando le singole prestazioni siano prese non come debito ma come liberalità, per simile ragione di mancanza d'una forma d'esercizio di dritto.

sono tutti gli estremi della definizione del possesso, ma mancano gli effetti civili della usucapione e degl' interdetti, in contrasto col possesso civile: giacchè essendo a quest' ultimo riservata antonomasticamente la parola *possessio*, bene gli si oppone quella espressione che dal reale possesso prescinde (§ 102).

§ 468.

Ma nell' usufruttuario c' è *j. q. p.* efficace per i relativi interdetti, *l. 2*, *§ 3*, *si serv. vind.*, *l. 3*, *§ 5*, *de itin.* Randa, che all' usufruttuario nega la *j. q. p.* della servitù reale *itineris* (§ 462), cerca spiegare la *d. l. 3, § 5, de itin.* intendendo quell'interdetto, che da Ulp. sull'autorità di Giuliano è dato all'usufruttuario, per un interdetto in ragione non della servitù reale. ma meramente personale, perchè si suppone esercitata non a nome del fondo; secondo le massime da esso Randa stabilite (d. § 462). Se non chè l' interdetto *de itinere*, del quale il detto testo parla espressamente, non è applicabile a personali servitù, *l. 1*, *§ 1, eod.* « hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas *tantummodo* servitutes. » Non turbi Scevola, quando nella *d. l. 20*, *quem. serv. am.* enuncia anche l' usufruttuario fra quelli che *in possessione servitutis sunt.* Scevola in quel frammento enumera coloro che esercitano una servitù non propria ma altrui; enumera il mercenario, l'ospite, il medico, poi il colono, e finalmente il fruttuario. Per comprenderli in una espressione si serve di questa « qui in possessione ejus (servitutis) est. » Per la maggior parte, ossia per tutti tranne l' ultimo, tale espressione, che come vedemmo significa figura di quasi possesso. era significantissima e caratteristica, mentre trovava per essi applicata tutta la sua forza fino ad escludere la vera sostanza (§ 466) o gli effetti civili (§ 467) del quasi possesso. Per l' ultimo, ossia per l' usufruttuario, non avea questa forza esclusiva, ma non per ciò dir si poteva del tutto inidonea: mentre l'espressione medesima può anche significare prescissione senza vera esclusione degli effetti civili. Onde vedemmo

§ 103 anche nella *rei possessio* trovarsi talvolta detto di civili possessori, che *in possessione sunt*: vale a dire si marca la presenza della forma esterna del possesso, non escludendo, ma solo non considerando i civili effetti del medesimo. È per questo che Scevola resta in quella espressione, la quale, mentre era veramente caratteristica per quasi tutti, per uno, per l'ultimo, era non disconveniente.[1]

§ 469.

In colui, che sul fondo altrui va, o fa alcun'altra operazione di quelle costituenti l'esercizio delle servitù, in forza di precario, è o no riconosciuta cogli analoghi effetti degl'interdetti la *j. q. p.?* Troppo spesso i pratici han confuso il precario col godimento *jure facultatis* o *familiaritatis*. Ma come li distinguemmo quanto alla *rei possessio* (§ 127), così vanno distinti quanto alla *j. q. p.* Il carattere di distinzione è sempre, che nel precario, sia che ottenuto da chi ha una servitù sia che dal padrone del fondo soggetto al godimento, esiste sempre una concessione, che di sua natura, ossia per l'intenzione del concedente e del concessionario, importa una qualche durata, una serie d'atti ripetuti, che si collega alla medesima. Questa concessione, benchè rivocabile *ad nutum*, basta per salvare l'idea di propria o impropria continuità, necessaria al concetto della *j. q. p.* regolare od irregolare, necessaria anzi al concetto della servitù stessa e del suo esercizio (§ 466). Quindi è, che Ulp. *l. 1, § 6, de itin.*, mentre che a quello, che gode del passaggio *jure facultatis*, nega l'interd. *de itinere* quasi che non abbia affatto uso all'effetto della *j. q. p.* (d. § 466), lo distingue da chi ne gode per precario « non quasi preca-

[1] Diversamente espressione simile viene adoperata da Ulp. *l. 6, § 2, de prec.* per l'usufruttuario pel colono per l'inquilino cumulativamente. Poichè in materia di *rei possessio* l'usufruttuario trovasi alla pari del colono e l'inquilino, manca il suo natural possesso de' soliti civili effetti, come negli altri due (§ 149): onde la detta espressione era tanto caratteristica in esso quanto in questi. È perciò, che mentre nel testo di Scevola il fruttuario è nominato per ultimo, in quello d'Ulp. è mentovato pel primo.

rio usum, sed quasi nec usum; » separando così i due casi e riconoscendo nel precarista un uso atto per se alla *j. q. p.* Infatti Ulp. stesso nella *l. 2, § 3, de prec.* riconosce una « possessionem juris » in chi ha a precario; nella *d. l. 1, pr. de itin.* propone le parole dell' editto, che negano l' interdetto *de itinere* a chi gode *precario* solo se si trovi in opposizione col suo concedente, ma non se con altri, « nec... precario ab illo usus es; » e nella stessa *l. 1, § 11, fi.* dà l' interdetto *de itinere* a chi gode a precario in difficili circostanze (cf. § 131). Randa, che allo avente a precario nega la *j. q. p.* della servitù reale *itineris* (§ 462), dice *pag. 531, n. 29, 30, pag. 543, n. 19,* che questo passo della *l. 1, § 11,* è una inconseguenza pronunciata da Ulp. con esitazione « credo poteris hoc interdicto uti. » Ma Ulp. non dubita punto. Anzi, mentre riferiva un passo di Giuliano, si fa premura di supplire con quelle parole ad un vuoto che Giuliano avea lasciato. Lo che suol farsi soltanto da chi, riferendo, trova lasciata dall'autore una cosa da non omettersi, una cosa sicura. Il suo « credo » non è di esitazione e di dubbio, ma è di ferma credenza. Ben sospetta è l'opinione d'uno scrittore, quando per accettarla converrebbe accusare d' inconseguenza Ulpiano. — Certo che a tanta ragione, e a tanti testi non fa ostacolo la *l. 7, de itin.* Come già dicemmo di quella frase di Celso « tamquam id suo jure faceret » (§ 46), così diciamo adesso dell'altra « si prohiberetur, non facturus, » che non va presa generalmente (con che certo si escluderebbe chi va *precario*); ma è da limitarsi al trattato del giureconsulto, qual' è appunto di chi va *jure familiaritatis* o *facultatis* (§ 466).

§ 470.

Non lascerò questo trattato sugli elementi dell'animo e del corpo nella *j. q. p.* senza fare speciale avvertenza su due che mi sembrano errori, ne' quali pur s' incorre ben sovente nella definizione di quell' animo. Noi dicemmo richiedersi l'animo di agire sulla cosa *nella forma* di chi v'esercita il diritto di servitù. Altri dicono invece, l'animo di esercitare un diritto

di servitù.[1] Questo è il primo equivoco che è d'uopo avvertire. Poichè se è vero, come essi stessi ammettono, che *j. q. p.* è anche in chi sia in m. f.; in questo, nell'usurpatore, non è nè può essere animo di esercitare un diritto. Conseguenza è quella d'un'altra inesattezza; cioè di aver definito la *j. q. p.*, non già l'operare sulla cosa altrui *in forma* di esercizio di servitù, come noi facemmo, ma semplicemente esercizio d'un dritto.[2] La qual definizione, oltre che non comprende l'idea fondamentale d'un qualche possesso sulla cosa, urta a mio parere contro un'altra ragione. Giacchè non si concepisce esercizio di quel che non è; mentre pur si concepisce *j. q. p.* senza presente dritto di servitù. Tanto vero, che la sua principal direzione è ad acquistare tal dritto per via di quasi usucapione.[3] — Pertanto gli autori che desiderano l'animo di esercitare il dritto di servitù, debbono accettare l'erronea opinione della necessità di b. f. Sono vani gli sforzi, che taluni di essi han fatti per isfuggire a tal conseguenza. Brinz *Pand. p. 80* dice, oggetto della *j. q. p.*, e perciò dell'animo relativo, essere un dritto realmente esistente, o almeno voluto rapporto al suo contenuto (« nur seinem Inhalte nach gewolten. »)[4] Ma l'usurpatore non ha nè assevera dritti, nè ha intenzione di averli od attuarli, o di goderne il contenuto come tale: vuol godere di fatto, e null'altro. David *Oesterr. Ger. Zeitschr. 1870, num. 76 segg.* dice, che quell'animo deve intendersi d'un dritto o esistente od anche semplicemente asseverato (« behauptet »), d'un dritto che abbia almeno un'ideale

---

[1] Così dopo Savigny *pag. 469, fi.*, Molitor *pag. 427*, Ortolan *II, § 353,* Maynz *§ 168,* e inoltre molti dei tedeschi.

[2] Savigny *pag. 168,* ed altri.

[3] L'esercizio d'una servitù deve entrare nella definizione della *j. q. p.*, ma solo come figura, non come sostanza e verità; appunto perchè la *j. q. p.* si trova tanto in chi ha veramente la servitù, quanto in chi non l'ha. Comprendo, che nel corso del trattato sulla *j. q. p.* possa talvolta nello esprimerla dirsi esercizio di servitù per amore di brevità, precisamente come si può parlare di fondo dominante e di fondo servente (§ 419, n. 1). Ma nella definizione conviene essere puntualmente esatti e servirsi d'un proprio linguaggio.

[4] Simili sono queste idee a quelle esposte da Milone *pag. 20, seg.*

esistenza nel capo di chi acquista il possesso (« eine wenigstens ideale Existenz in dem Kopfe des Besitzwerbers »). Torna, che l'usurpatore nè ha nè assevera dritti. Nè si comprende che mai sia quella ideale esistenza d'un dritto nel capo del possessore; seppure non si pensi di attribuire ideali esistenze ai sogni, o alle menzogne, che talvolta qualche possessore di m. f. vagheggi o proferisca. — Poichè mi sono permesso di confutare diversi autori, mi faccio un piacere di citare per converso Randa, il quale *pag. 514* dice, che la volontà dev'essere di esercitare il contenuto « wie ein Recht » e non « als Recht; » siccome, in guisa, in foggia d'un dritto, e non in quanto sia dritto. In una parola siccome quasi possesso è in chi ha il dritto di servitù, ed in chi non lo ha nè crede di averlo, conviene adoperare nella definizione dell'animo parole, le quali, riferendosi alla sola forma, convengano a tutti.

§ 471.

Il secondo che sembrami errore, od almeno inesattezza, è di dire che l'operare, onde consiste la *j. q. p.*, debba essere accompagnato dall'animo di farlo per se, in suo nome, e che allora soltanto esista *j. q. p.* co' suoi effetti. [1] Imperocchè cosa intendiamo con quelle espressioni? O con Randa, che l'animo esser debba di agire a guisa d'esercizio di propria servitù: ed allora escludiamo a torto dalla *j. q. p.* e da' suoi effetti il fruttuario e l'avente a precario. O con Windscheid, che l'animo sia anche di esercitare una servitù altrui per autorizzazione avuta; e allora negli effetti della *j. q. p.*, nell'ammissione agl'interdetti inchiudiamo ancora il colono, lo che è falso del pari. Su questo punto penso che debbasi distinguere la definizione della *j. q. p.* dagli effetti di questa. Quanto alla definizione non nego affatto, che nella *j. q. p.* ci sia necessariamente e costantemente, unito all'istesso operare in figura di

[1] Così Windscheid *§ 163*, Molitor *pag. 304*, Maynz *§ 168*, ed anche Randa *pag. 513*.

servitù, l'animo di operare in qualche modo per se, in suo nome, per proprio conto; o per la propria utilità o pel proprio dovere. [2] Per la propria utilità, in chi opera in figura o di avente esso stesso il dritto di servitù, o di usufruttuario o precarista del fondo dominante ecc. Per proprio dovere, come nel *sequester* del fondo dominante. [3] Insomma lo agire a nome proprio, inteso come noi l'intendiamo, è cosa vera nella *j. q. p.*: e perciò lo troviamo talvolta usato ne'testi in diversi sensi più o men comprensivi; nella *l. 1, § 8, de itin.* a significare chi opera in figura di propria servitù, nella *l. 21, quem. serv. am.* a significare chi opera come autorizzato da un dritto reale sul fondo dominante, a differenza di chi opera autorizzato da un dritto di obbligazione (come il colono, cf. *l. 20, fi. eod.)*: testi, che non escludono altre accezioni più ampie e parimenti adatte al concetto della *j. q. p.* Ma appunto perchè è cosa, che va inevitabilmente unita con ogni operare in forma di servitù, la escluderei nella definizione, come superflua, nell'istessa guisa che la escludemmo dalla definizione del possesso delle cose § 48; viziosa essendo e pericolosa [4] nelle definizioni qualunque superfluità. Quanto agli effetti, è certamente necessario che ci sia la *j. q. p.* e perciò l'operare per se, a suo nome, inteso come sopra. Ma ciò non sempre basta, come non basta che esistano tutti gli estremi della *j. q. p.* Non nella quasi usucapione, che cessa ogni volta che si operò non come si opera per dritto di servitù proprio. Nè negl' interdetti, i quali, essendo cosa di economia del pretore, possono esser da questo negati tuttora per esteriori motivi di pratica convenienza; siccome li nega al colono.

---

[2] Simili cose per la *rei possessio* osservammo § 48.

[3] Egli ha certamente la *j. q. p.* ed i relativi interdetti (cf. § 124 seg.).

[4] Infatti RANDA fu portato a quella opinione, che noi ricusammo § 462, appunto dal « für sich » (per se) posto da esso nella definizione. Vedi Randa *pag. 529.*

Articolo Quarto

Acquisto della juris quasi possessio.

§ 472.

Allorquando comincia quell'operare nella cosa altrui, quell'uso sulla cosa altrui, che chiamammo *j. q. p.*, la *j. q. p.* è acquistata a colui che opera, che usa. Forte questione, se basti l'immediata possibilità dell'uso, o l'operar presente sia assolutamente necessario. Non pochi scrittori si contentano di quella, ed il loro argomento sviluppato da Windscheid *§ 163, n. 5*, è il seguente: Come non è necessario all'acquisto della *rei possessio* lo esercizio della proprietà effettivo, così non è necessario per l'acquisto della *j. q. p.* l'effettivo uso della servitù: è questa, dice Windscheid, conseguenza da non potersi evitare. Altri però si oppongono, perchè le leggi vogliono nettamente l'uso. Allegano in ispecie la *l. 20, de servit.* » Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. » Randa *pag. 532, 550 segg.* accetta questa seconda sentenza. Risponde all'argomento di Windscheid, farsi lo acquisto della *rei possessio* per apprensione, quello della *j. q. p.* per uso del contenuto del dritto, nella diversità de' modi non esser lecito l'argomentare dall'uno all'altro. Però aggiunge una limitazione alla mentovata seconda sentenza rapporto alle servitù personali, nelle quali e necessaria la detenzione della cosa: bastar ivi la possibilità dell'uso pel testo *l. 3, pr. de usufr.* « Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, *eumve* patiatur uti » — In tale controversia sottoscriverei a Windscheid ed agli altri fautori dell'opinione, che basti la immediata potestà dell' uso: purchè la diciamo piuttosto che immediata, potestà sicura (§ 211) purchè si aggiunga, per quanto sia possibile attesa la natura

delle singole servitù, l'altro estremo che nel possesso delle cose vedemmo necessario, § 212; e purchè si esponga la ragione nel modo che proporrò in seguito. Intendiamo bene che sia uso attuale della cosa. Esso significa nell'ampiezza del suo significato volgare e romano l'attuale contenersi dell' uomo verso la cosa in modo da imporle una posizione direttamente ed appositamente coordinata al godimento proprio o presente o futuro. Quindi la semplice detenzione, benchè senza fruizione, è uso. Tanto vero, che quantunque il possesso sia concetto unito al concetto di uso (§ 40), pure quello si ravvisa e dal comune e dal romano intendimento nella detta semplice detenzione, ove si trovino gli altri aggiunti che descrivemmo nella definizione § 39. Anzi anche in quegl' istituti, ove il possesso viene riguardato sotto la forma d'uso del contenuto d' un dritto (per parlare col Randa), basta la detenzione medesima. Cosi nell' usucapione; che principia appena v' è detenzione, ed utilità dalla cosa ancor non fu tratta. Onde non mi pare giusta l' interpretazione di Randa a *d. l. 3, pr. de usufr.*, quando vi basa la sua eccezione per le servitù personali che desiderano detenzione, quasi che in *d. l.* la detenzione sia distinta dall'uso. Anche nel primo inciso « si induxerit in fundum legatarium » è inteso vero uso nel senso volgare e romano. La distinzione fra questo primo inciso ed il seguente « eumve patiatur uti frui » non sta nell'essere l' uso esclusivamente nel secondo; ma nella segnalata diversità dell'origine di uso ne' due casi, nel caso cioè che il padrone induca esso stesso l' usufruttuario alla detenzione e all' uso, e nel caso che l'usufruttuario ci vada da per se nella sofferenza del padrone. E indarno replica Randa, che la detenzione è non uso, ma supposto dell' uso; limitando così arbitrariamente il nome di uso al solo senso ristretto di godimento, di percepita utilità. Infatti se nella detenzione non esistesse uso, essa non dovrebbe bastare neppure in quelle personali da lui eccettuate. Sempre resterebbe esser necessario l' uso pel concetto stesso della *j. q. p.*, onde oltre la detenzione converrebbe soddisfare all' uso in questa come nelle altre *juris quasi possessiones*: giacchè ovunque si richieggono più requisiti, non è sodisfatto

pienamente coll'adempimento d'un solo, ma allora che sono adempiti tutti. — Adunque detenzione non è solo possibilità d'uso ma uso vero: niuna specialità è introdotta dalla *d. l.* 3. *pr.* per le servitù personali.

§ 473.

Resta ancora a provare direttamente secondo le nostre vedute la opinione, che basti per l'acquisto della *j. q. p.* la possibilità ossia potestà di uso cogli estremi sopra ricordati. Se non che la prova scende fluidamente da quel che abbiam detto. Essendo al concetto di possesso unito quello di uso, ne viene che quando il possesso della cosa si acquista colla sola pronta possibilità di detenzione, di tatto, per estensione del dritto civile; sia esteso di pari passo il concetto dell'attività sulla cosa, ossia dell'uso; sicchè anche l'uso esiste dove c'è quella sola possibilità. Onde di nuovo l'*usucapione* principia certamente appena il possesso venga per tale possibilità acquistato. Quindi dappoichè i romani il nostro istituto chiamano quasi possesso, riportandolo così alla teoria del possesso sull'acquisto, ritenzione, e perdita; sarebbe illogico il desiderare testi appositi, che dicano bastare per l'acquisto di quello la possibilità dell'uso: mentre con questo stesso riportarlo al possesso i romani espressero, che l'uso s'avesse a intender qui come nel possesso, cioè colle stesse estensioni. Coteste estensioni spettano direttamente alle servitù personali: perchè ivi l'uso torna ad esser compagno della detenzione. Indirettamente, ma con pari necessità logica, alle prediali; perchè l'uso vi è compagno, se non di detenzione, certo di quel principio d'attività che nel loro quasi possesso è stato alla detenzione sostituito. [1] Tanti testi sono in realtà per noi, quanti usano la espressione del « quasi *possesso* » e talvolta anche del solo « *possesso* » nel nostro isti-

---

[1] Tutto questo si sviluppò al certo con maggior facilità nella *j. q. p.* riguardante le servitù personali, la quale si compenetra spontaneamente colla *rei possessio*; ma non è men vero nelle altre *juris quasi possessiones* per la ragione esposta.

luto (§ 423). Che la *l. 20, de servit.* voglia l'uso, e che (si dovrebbe aggiungere) altri testi moltissimi parlino dell'uso *l. 12, quem serv. am., l. 1, pr. de itin., l. 1, pr. de aq. quot.* ecc.; ciò non si oppone punto alla nostra opinione. Poichè non fanno alcuno ostacolo all'estensione data all'uso; come non ostano i molti testi, che per la *rei possessio* vogliono l'apprensione, alla estensione data alla medesima. – Si può anche a favore della nostra opinione argomentare direttamente dalla condotta usata dai romani nella ritenzione del quasi possesso. Anche Randa ammette che il quasi possesso si ritenga per mera possibilità d'uso: e per unico argomento reca il paragone, l'analogia colla *rei possessio, pag. 593, n. 1, pag. 594, n. 2.*

§ 474.

Vedemmo della qualità degli atti necessarii per l'acquisto del possesso. Ora della quantità. Mi aggiungo alla comune opinione che basti un solo atto. Poichè se in esso si trovino tutti gli estremi richiesti per la costituzione della *j. q. p.*, non si può negare che questa cominci ad esistere. Principia la quasi usucapione; principia la protezione interdittale, salvo che il pretore per ragioni speciali non abbia per qualche interdetto richiesto molteplicità di atti, come nell'interd. *de itinere* (§ 764). Non osta quel che dicemmo, che la *j. q. p.* esiga pel suo concetto un operare per fatti di loro natura non isolati: poichè nel primo atto si concepisce fluidamente, che quantunque si presenti tuttora solo, non sia però isolato per sua indole ma sia di propria natura il principio d'una sequela di atti eguali. — È qui da osservare, che atto di sua natura isolato si rinviene facilmente nei fatti violenti o clandestini. Uno, che falcia violentemente un prato del vicino per mantenere nella momentanea scarsezza di erbe il proprio bestiame; uno, che profittando di favorevoli circostanze ruba i frutti dell'orto vicino, senza che abbiano l'uno e l'altro volontà di rimanere nel godimento del prato e dell'orto; facendo così atto isolato di sua natura non acquistano quasi possesso di usufrutto: come osserva saviamente Randa *pag. 524.* Che se

il vizioso utente faccia atti violenti o clandestini in tali aggiunti di fatto, onde risulti il suo animo di rimanere nell'uso, anche in esso nasce la *j. q. p.*

§ 475.

Fu un'antica assai comune opinione, che all'acquisto del quasi possesso, oltre l'idoneo operare dell'utente, fosse pur necessaria la scienza e la pazienza del padrone del fondo servente, almeno all'effetto di ammettere usucapione o prescrizione. Ed a questa opinione aderisce anche oggi Molitor *p. 30*[illegible]. *pr.* Ma già Voet si dichiarò contro *ad tit. comm. praed. n.* [illegible] e così pur si dichiarano Savigny *pag. 470, e Syst. IV, p. 498, n.* [illegible], Hàsse *Rhein. Mus. II, 405, seg.*, e Randa *pag. 517, 533, n. 1*[illegible] Ed a ragione: poichè provammo, che il concetto della *j. q. p.* sta nell'operare sul fondo altrui, al qual operare la scienza e pazienza del padrone di questo fondo è del tutto estranea. Abbiamo testi, i quali all'effetto della prescrizione non desiderano altro che possesso non vizioso, *l. 10, pr. si serv. vind., l. 1. § 23, de aq. et aq. pluv., l. 1, C. de serv. et aq.* Anzi nella *l. 1*[illegible] *C. de praescript. l. t.* è detto « nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes. » Furono i difensori della diversa opinione tratti da una interpretazione non giusta della *l. 2, C. de serv. et aq.*, della quale sotto altro punto di vista abbiamo già parlato § 44[illegible]. « Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti; servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. » Se non che quelle parole « eo sciente » provano solo che nella fatti specie esisteva questa circostanza, e che Marziale l'aveva narrata all'Imperatore per escludere evidentemente che esso possedesse viziosamente, con violenza, clandestinità, o precario; ma non dimostrano un'assoluta e teoretica necessità.[1]

[1] Così bene SAVIGNY *Syst. loc. cit.*, HASSE *loc. cit.* — Nell'esercizio delle servitù negative è necessaria la scienza e pazienza del padrone del fondo

ARTICOLO QUINTO

Ritenzione e perdita della juris quasi possessio.

§ 476.

Quanto all'elemento dell'animo basta a ritenere il quasi possesso, che non esista un atto contrario della volontà; siccome basta ciò a ritenere il possesso (§ 287). Basta adunque l'animo abituale presunto; onde non solo la *j. q. p.* è ritenuta ai dormenti ma pur anco dai furiosi (cf. § 282). Insomma per questo capo non si richiede, onde non si ritenga, alcun che di positivo: e per conseguenza, onde si perda, non vale l'inazione ma è necessario un atto opposto. — Randa, ben concordando nella massima *pag. 597*, cerca una prova nella *l. 12, quem. serv. am.* « et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquae ducendae retinetur. » Ma questo frammento dimostra solamente che la servitù d'acquedotto è esercitata anche senza la deduzione per corporale opera dell'uomo, collo spontaneo fluire dell'acqua; in armonia colla *l. 1, § 21, de aq. quot.* Lo che non escludendo la positiva attuale presenza dell'animo non prova che basti l'animo abituale, molto meno il presunto.

servente, ma ciò non fa ostacolo alla opinione difesa. Sia perchè quella necessità vi si ravvisa per la speciale natura di quell'esercizio (§ 433); sia perchè rimane fuori della nostra questione sulla *j. q. p.* che nelle dette servitù non trova luogo (d. § 433 seg.). — Appena è d'uopo avvertire, che se si tratti d'acquistare una *j. q. p.* per via di quasi tradizione, la scienza del padrone del servente è indispensabile per necessità della ipotesi, come necessario è il consenso senza il quale non esiste tradizione di sorta.

§ 477.

Quanto all'elemento fisico non si richiede che il corpo operi attualmente, ma per la dimostrata analogia colle teorie del possesso basta che l'operare sia abituale. Prescindendo dalla enunciata analogia, lo ammetter ciò fu anche di necessità logica. Poichè in quel quasi possesso, che fu riconosciuto irregolarmente quanto alle servitù rustiche, non potevasi richiedere la costante attualità dell'esercizio che in esse è impossibile *l. 14, pr. de serv.*; fu mestieri contentarsi d'un esercizio abituale. Dunque fu pur necessario appagarsi del medesimo quanto alle urbane positive, onde non trattarle con più rigore delle rustiche nelle quali pure tanto più difficilmente è posto per la *j. q. p.* Delle personali non parlo, nelle quali è evidentissima la tesi; mentre la *j. q. p.* vi si trova schiettamente compenetrata colla *rei possessio*, e le teorie di queste si applicano senza alcuno studio. — Pertanto a simiglianza delle cose discorse sul possesso, la *j. q. p.* si riterrà, e non si estinguerà; se manchi l'attuale esercizio, anzi questo sia presentemente impossibile; purchè l'impedimento nasca da fatti, che per loro natura non tolgano la presunzione che l'attuale esercizio sarà in seguito ripetuto. Dura la *j. q. p.*, se l'usufruttuario si allontani dal fondo. Anzi dura quanto alla servitù d'acquedotto, se nella estate manchi l' acqua che lo alimenta. Dura similmente nella servitù *tigni immittendi* in quegl' intervalli, ne' quali la trave è tolta dal padrone del dominante per motivi di necessaria riparazione. [1] Aggiungiamo ancora per la natura della irregolare *j. q. p.* riconosciuta nelle servitù rustiche, che questa dura, se l' impossibilità dell'esercizio attuale derivi dall'indole stessa dell'esercizio che non è veramente continuo: p. e. non si perde il quasi possesso in quegl'intervalli ne'quali non si passa, non si deduce acqua. [2] Però è qui da ricordare,

---

[1] L' attuale esercizio non è salvato dalla sussistenza del forame, cf. § 485

[2] Certo che secondo la massima stabilita, tale quasi possesso neppure si perde, per questo solo avvenimento che lo avente un *iter* o un *aquae-*

che anche laddove gli autori del dritto riconobbero cotesta irregolare *j. q. p.*, anche quando da essa derivarono interdetti, pur si valsero di espressioni, che manifestavano come veramente interdetti si dessero in riguardo di un uso di sua natura interrotto, e non veramente continuo e costituente un presente regolare quasi possesso. Li davano concepiti non *in praesens* ma *in praeteritum* (« quo itinere usus es... uti aquam duxisti ») § 762, n. 1.

§ 478.

Ma si perde la *j. q. p.* per avvenimenti, che tolgano anche la descritta presunzione che l'attuale esercizio sarà ripetuto in seguito. Non importa se tali avvenimenti si verifichino per fatto del padrone del servente, o di un terzo, o per naturali eventi. Quindi è perduta la *j. q. p.* quanto alle servitù prediali, se perdasi il possesso del fondo dominante, indispensabile compagno di quella (§ 419, 760 seg.); o se i due fondi dominante e servente si riuniscano in una sola persona. Perduta è del pari se, in circostanze che non lascino presumere quell'esercizio nell' avvenire, venga chiuso per via di fatto l'accesso alla fonte onde si prendeva l'acqua nella servitù *aquaehaustus;* o distrutto l'acquedotto in quella *aquaeductus;* o tolto via a forza il trave nella servitù *tigni immittendi*; o preclusa la strada, rompendo ponti necessarii o scavando a traverso fossati insuperabili, nella servitù di passaggio. È chiaro, che quanto alle personali è estinto il relativo quasi possesso, se perdasi per alcuno de'soliti modi quel possesso della cosa servente, che ritrovasi genuino in quel quasi possesso: esempi nella *l. 3, § 13, 14. de vi.*

§ 479.

Si domanda: Vi sono, come vedemmo, dritti di servitù che si perdono per non uso attuale d'un certo tempo, senza

---

ductus non vada talvolta o non deduca anche ne' tempi nei quali lo andare o il dedurre sarebbe stato consentaneo al suo ordinario costume, e secondo la forma in che la servitù era stata precedentemente usata.

alcuna contraria operazione del padrone del servente (§ 435 segg.); si perde rispetto alle medesime per tale non uso il quasi possesso, o dura ad intuito d'un esercizio abituale ossia della descritta presunta possibilità di esercizio attuale in avvenire? Savigny *pag. 464* ragiona così: Quando per via di semplice non uso la servitù medesima va perduta allo spirare di un certo spazio di tempo, è necessario che in tutto il tempo intermedio il possesso sia stato perduto. Dall'altro canto non si può asserire che ogni non uso anche breve tolga effettivamente il possesso; poichè non rimarrebbe alcun limite, e non sarebbe più possibile nè la conservazione del possesso, nè la prescrizione acquisitiva. Laonde, conchiude Savigny, altro non resta se non lo ammettere, che durante il tempo del mero non uso il possesso resta *in suspenso*, e che solamente per la rinnovazione dell'uso, o pel decorrere dell'intero tempo, si dimostra se nell'epoca intermedia vi è stato o no il possesso medesimo. Puchta al contrario *Rechtslex. II*, *pag. 73* afferma l'assoluta durata del quasi possesso; perchè, dice, non essendovi sostanziale dipendenza fra dritto e possesso, come può essere acquistato possesso senza acquisto di dritto così può restare mentre che questo è spento. Però l'esistenza del possesso riconosciuta dal Puchta è a suo avviso una esistenza astratta (« Existenz *in abstracto* »); senza interdetti, senza usucapione. — In tal controversia ecco qual sarebbe il mio parere. La *j. q. p.*, come il possesso, si conserva colla sola presunta possibilità di esercizio sopra descritta, ossia coll'uso abituale. Ma è pur vero, che come quanto al possesso così quanto alla *j. q. p.* può la legge nella prolungata astinenza dall'esercizio ravvisar l'animo d'abbandono, e che torna a questo modo una estinzione di possesso o di quasi possesso pel capo dell'animo (§ 284). Ora io credo, che quando sia passato tanto tempo di non uso attuale, quanto basta ad estinguere lo stesso dritto, debba la legge scorgere quell'animo di abbandonare la *j. q. p.* Poichè, quntunque sia vera la indipendenza teoretica segnalata da Puchta fra dritto e possesso, ciò non toglie che inconvenientissimo sarebbe, che quella diuturna cessazione di uso, giudicata sufficiente a spegnere lo stesso dritto, non fosse

creduta bastevole a formare la dimostrazione d'animo di perdere il quasi possesso, insomma ad estinguere il possesso medesimo. Mentre anzi l'uso è in diretta relazione col concetto del possesso, e non con quello del dritto che per se ha esistenza indipendente dal suo esercizio. Strano sarebbe l'ostinarsi a scorgere il quasi possesso per uso abituale dopo avere stabilito nel non dopo uso la estinzione del dritto. Dalle dette cose apparisce, che mentre non posso accostarmi al Puchta, neppur posso accettare le conchiusioni di Savigny. Perchè mai esso dice che bisogna che nel tempo intermedio il possesso sia perduto? Ciò sarebbe vero, solo se quel non uso per cui si estinguono le servitù importasse esclusione d'ogni esercizio anche abituale; lo che è salvo, escluso non essendo che l'attuale (§ 436, n. 1). E se quell'asserzione fosse vera, nulla ci sarebbe da lasciare *in suspenso*, il quasi possesso sarebbe assolutamente finito. Oltrechè quell'*in suspenso* è inconcepibile in cosa di fatto come il possesso. Dire che un fatto sia stato o non sia stato secondo le posteriori contingenze, sembrami assurdo. — Il quasi possesso è stato per tutto il tempo del non uso attuale, in vista dell'abituale: ma quando arrivò la cessazione dell'uso attuale a tal durata che il dritto civile vi scorga estinto il gius della servitù, vi scorge anche per ragione d'indispensabile convenienza la deposizione dell'animo di quasi possedere, e comincia così allora a cadere la *j. q. p.*

Articolo Sesto

La juris quasi possessio *per istromento di corpo altrui.*

§ 480.

Come nel possesso così nella *j. q. p.* è ricevuto, che acquisto e ritenzione ci si facciano per mezzo di altre persone, vale a dire che l'elemento del corpo nostro possa essere supplito

dal fisico agire altrui. Anche nella *j. q. p.*, come nel possesso, si richiede in noi di più quanto all'acquisto, di meno quanto alla ritenzione; allorchè nell'uno o nell'altra ci venga da un altro prestato ministero (cf. § 314). — Acquistiamo la *j. q. p.* per mezzo di altri, quando esistano gli stessi requisiti che descrivemmo § 241 seg. Oltre l'animo nostro, la volontà in chi ci è istromento di essere realmente tale. Inoltre lo essere costui in genere riconosciuto dalle leggi come mezzo idoneo di acquisto per noi; ed una nostra disponibilità consistente in questo, che la posizione del medesimo verso di noi sia tale che, essa riguardata, potrebbe aver luogo l'uso nostro attuale. Randa *pag. 591*, omettendo il requisito della disponibilità nostra, ammette per mezzo dell'usufruttuario e del colono l'acquisto al padrone del fondo di quasi possesso di servitù reali. Negherei, come è negato nel possesso (§ 273).

§ 481.

Per la ritenzione basta, oltre il nostro animo almeno presunto, che chi opera fisicamente riconosca un nostro interesse relativo a servitù ed, operando in conformità, ce lo conservi (§ 311). Quando parlo di operazione conservatrice non intendo che ei debba spendere o lavorare direttamente per questo scopo; mentre il solo suo usare soddisfa a tale concetto. Poichè come in natura (già l'osservammo altra volta) l'uso delle cose è conservatore delle medesime, che non usate deperiscono; così nel civil diritto l'uso conserva: e le teorie delle usucapioni, delle prescrizioni, delle estinzioni de' dritti *per non usum* sono prova evidente. Nella nostra tesi l'uso altrui ci conserva la *j. q. p.* delle servitù precisamente nel senso, che impedisce la loro estinzione per non uso od usucapione di libertà, *l. 20, segq. quem. serv. am.* Onde le idee di ritenere e conservare le servitù per mezzo di altri, e di conservare per mezzo di essi la *j. q. p.* ed i relativi interdetti, sono trattate alla pari da Ulpiano *l. 3, § 4, de itin.* — Pertanto i servi nostri, gli amici, gli ospiti, i coloni, sono tutti adatti a conservarci la *j. q. p.* *l. 1, § 7, l. 3, § 4, de itin.* Solo è da osservare con diligenza,

che non tutte le volte che la *j. q. p.* c'è conservata per altri, noi ne abbiamo l'effetto degl'interdetti. Un usufruttuario, un precarista ci conservano la *j. q. p.*, e la relativa quasi usucapione. Ma noi non ne abbiamo gl'interdetti. Ciò per l'economia pretoria, che interdetti non suol dare a più persone; avendoli dati all'usufruttuario e al precarista (§ 468 seg.), al padrone li nega. Quanto al caso del precario, che quando gl'interdetti sono dati all'avente non si diano al concedente, cf. § 131. Quanto all'usufruttuario è il testo nella *d. l. 3, § 4, de itin.* « Uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites: et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes; sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur: per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere, Julianus ait. » Randa *pag. 530, n. 7, 591, n. 3* crede che questo testo riguardi l'acquisto della *j. q. p.*, e che lo neghi al proprietario per mezzo dell'usufruttuario nella supposizione che non ci sia la volontà dello stesso proprietario, necessaria al certo per l'acquisto di qualunque possesso per mezzo altrui. Basta, a confutare, l'osservazione, che Ulp. pone in contrasto servi coloni ecc. da una parte, e fruttuario dall'altra. Mentre se trattasse d'acquisto sul caso di mancanza di volontà del padrone, la risoluzione sarebbe sempre negativa, eguale la sorte di tutti quelli senza differenza alcuna fra l'usufruttuario e gli altri.[1] Pertanto il vero senso di quel passo è che al padrone sono negati gl'interdetti, perchè concessi all'usufruttuario, nè il pretore suol moltiplicare. E così s'intende perchè nella *d. l. 3, § 5* per dare l'interdetto ad ambedue, Giuliano ed Ulp. vogliano che « uterque nostrum per vicini fundum ierit: » trattandosi allora di *juris quasi possessiones* del tutto staccate, costituite da atti distinti, di due diverse persone, non parve giusto al pretore difenderne una sola (§ 65 n. 1).

§ 482.

Anche per la ritenzione della *j. q. p.* col mezzo di altra persona è certamente necessaria la volontà in questa di es-

---

[1] Giusta osservazione di Windscheid *§ 163, n. 9.*

serci istromento; volontà contenuta nel riconoscimento del nostro interesse, che vedemmo indispensabile. Se il mio amico per venire da me passa pel fondo altrui, ma intende di venire a fondo non mio ma suo proprio in cui egli m'abbia ammesso a stare; [1] non a me ritiene la *j. q. p.* nè colla ripetizione per trenta giorni (secondo la *l. 1*, *§ 1*, *de itin.*) acquista a me l'interdetto *de itinere;* ma lo acquista a se medesimo, *l. 1*, *§ 8*, *de itin.* — Però non è sempre necessario, che l'animo d'essere istromento si trovi specialmente ed appositamente per la servitù. Ho preso in affitto il tuo fondo, e voglio così esserti istromento in ogni possesso che sia in relazione col medesimo. Mi servo del passaggio dovuto al fondo stesso: basta quell'animo generale affinchè si conservi il tuo quasi possesso; benchè manchi il mio animo speciale ed apposito, perchè ignoravo per avventura di valermi di una servitù, credendo p. e. che quella, su cui passavo, fosse parte del suddetto fondo locatomi, *l*, *1*, *§ 7*, *fi. de itin.* Ho preso da te a precario il fondo, e così intendo d'esserti stromento in ogni possesso che è in relazione con esso. Al fondo era dovuta le servitù *viae:* ignorandolo, chiedo la via a precario dal proprietario del fondo servente, e, ottenutala, vado. Ti conservo la *j. q. p.*, bastando quell'animo generale, e non ostando la mancanza dell'animo speciale d'esserti istromento per la servitù, *d. l. 1*, *§ 11*, *vers. Quaerit*, *de itin.* [2]

---

[1] Così vanno intese a mio giudizio nella *l. 1, § 8, de itin.* le parole « Si quis autem, cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus. » Non già dell'amico, che andando al fondo dell'altro amico credeva di passare pel fondo proprio, mentre questo era altrui. Nel qual caso, mancando in esso l'animo di quasi possedere una servitù di cui non pensava, niuna *j. q. p.* è concepibile, neppure per esso stesso.

[2] L'animo speciale per la conservazione della *j. q. p.* si richiede ed esiste, almeno abitualmente o presuntivamente, in te locatore o concedente a precario. — È chiaro, quanto sia diversa da ciò, che abbiamo qui esposto nel testo, la tesi, che difendemmo § 260, sulla necessità d'una volontà speciale nell'acquisto de'possessi.

INDICE DELLA PARTE PRIMA





